COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

**Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal,
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación
del Instituto de Reformas sociales y del Consejo Penitenciario
y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.**

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO XI

Segunda edición, corregida y aumentada.

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
Ronda de Atocha, 15, centro.
1911

LIBRO CUARTO

De las obligaciones y contratos.

(Continuación.)

TITULO VII

DE LOS CENSOS

I.—*Ideas generales.—Propiedad dividida y propiedad limitada.*

Entramos en la especial institución de los censos. No hemos de detenernos mucho en su estudio. Aunque jurídicamente merezcan examen más completo, ni lo consienten los límites de esta obra, ni la escasa importancia práctica actual del derecho que nos ocupa. La sociedad legal de gananciales, la compra, el arrendamiento, el mutuo, la hipoteca, el mandato, etc., son materias de interés práctico constante; los censos son más bien una institución del pasado, y hoy se constituyen con escasa frecuencia.

Por su propia naturaleza de gravámenes reales duraderos, se inscriben casi siempre en el Registro de la propiedad. Es exagerado el número de fincas que aparecen aun gravadas con censos antiguos, sobre todo consignativos y reservativos, en su mayoría ya olvidados, muertos ó incluídos en la desamortización. Es en cambio limitadísimo el número de censos propiamente tales que en los tiempos modernos se constituyen si atendemos á la estadística de los Registros de la propiedad.

La palabra censo se considera vulgarmente como equivalente á carga ó gravamen, y á carga molesta y duradera, poco menos que eterna. Esta idea está tomada fielmente de una realidad que por fortuna pasó. Perpetuos é irredimibles ciertos censos, el dueño de la finca ó de los bienes afectos á ellos, pagaba continuamente una pensión, y esa pensión, esa carga, ese gravamen, seguía constantemente á los bienes y subsistía ó debía subsistir á través de los siglos y de las sucesivas generaciones.

Hoy no es así. La posesión, el trabajo, el ejercicio del derecho, aquí como en todo, llega á apoderarse del derecho muerto, del derecho en esencia, pero sin ejercicio. Los censos no son ya nunca perpetuos é irredimibles, siguen siendo siempre, sin embargo, una carga de la propiedad, y la carga sigue consistiendo esencialmente en el pago de una pensión, ó lo que es lo mismo, en una participación en los frutos de la cosa ó de la finca á que el censo afecta.

Hay siempre, pues, una finca gravada y dos personas, el que paga la pensión como poseedor del inmueble, que se llama censatario ó censuario, y el que tiene derecho á exigirla, que se llama censualista. La cosa ó es desde luego propia del censatario (censo consignativo), ó es adquirida por él con más ó menos limitaciones, como procedente de un modo directo é inmediato del censualista (censos enfitéutico y reservativo). Hay siempre también un capital, tipo ó base para graduar la pensión. Cuando la cosa era del censualista, su valor en el día de la entrega ó trasmisión, representa el capital del censo; por eso ha de ser valuada ó tasada, respondiendo así el concepto del derecho que nos ocupa, á la etimología del nombre con que se le designa (*censere*, valuar, tasar). Cuando la cosa era ya propia del censatario (censo consignativo), el capital está representado por la cantidad que le entrega el censualista, ó fija como base el constituyente, cargándola, digámoslo así, sobre la misma cosa. En el censo reservativo y en el consignativo no hay de ordinario más limitaciones que el pago de la pensión por el censatario hasta el día de la devolución del capital que recibió en dinero ó en fincas. En el

censo enfitéutico, el censualista, al dar el inmueble, no se desprende en absoluto de su dominio, conserva lo que se llama dominio directo, y de aquí las mayores limitaciones impuestas al censatario, y los mayores derechos del censualista, que no consisten sólo en el cobro de la pensión, sino también en la facultad de intervenir en los actos de disposición de la cosa, en la de ser preferido en igualdad de condiciones á cualquier comprador, y en la de recobrar lo que entregó cuando dejan de cumplirse por el censatario las obligaciones que se le imponen.

Como en todo caso la cosa queda afecta ó sujeta de un modo directo é inmediato al pago de la pensión, el censo, en sus diversas especies, se nos presenta ante todo como un gravamen de naturaleza real con relación á la cosa que afecta, y por tanto, como un derecho también real con relación á la persona á quien se debe, á la persona que lleva participación en los frutos ó productos de algo que, ó no le pertenece, ó sólo le pertenece de un modo limitado, oscuro, impropio, mas formulario que real.

A la misma conclusión se llega, ya entendamos los derechos reales en el sentido que les dimos en las ideas generales expuestas en el tomo 4.° de esta obra, ya los consideremos como limitaciones del dominio. Sin embargo, autores respetabilísimos no admiten esta solución. Los censos reservativo y consignativo son para ellos derechos reales, limitaciones del dominio; el censo enfitéutico no: es algo más que eso, es una forma de propiedad dividida.

Dando á la propiedad la importancia que en realidad tiene, no la incluyen estos autores entre los derechos reales; es un árbol gigantesco que en todas las esferas del derecho ejerce profunda influencia, y cuyas ramas y raíces se extienden por todas partes.

Según la teoría á que aludimos, cuando una sola cosa pertenece á dos ó más personas, de tal modo, que todas ellas tienen en absoluto todos los derechos que integran el dominio, el derecho de disponer, el de gozar, y el de excluir ó reivindicar, hay *copropiedad* ó *condominio*. Cuando dos ó más personas son dueños

de una sola cosa, y á todos corresponden esos mismos derechos de disponer, gozar y excluir, pero para distinto fin, como si uno dispone, goza y reivindica el arbolado, y otro goza, reivindica y dispone de los productos de la tierra, hay *propiedad dividida*. Por último, cuando una persona *ejerce* temporalmente alguno de los derechos que son necesarios para el desarrollo y mantenimiento de la relación jurídica que se nombra dominio, y otra persona distinta tiene los demás derechos, ó al menos el de reivindicar, y esencialmente le corresponden todos, porque todos han de volver á reunirse en él, hay propiedad *limitada* ó gravada, y esas limitaciones ó gravámenes constituyen los *derechos reales*.

Comprendemos esta teoría, pero comprendemos aun mejor que la mayoría de los Códigos no separen la propiedad dividida de la propiedad limitada. No vemos la utilidad de la distinción entre una y otra clase de propiedad, y encontramos que toda propiedad dividida, ó es un verdadero condominio, ó lleva consigo una limitación, y equivale, por tanto, en último término, á una forma de la propiedad limitada. Aun aceptando en todo la opinión expuesta, no creemos justificado el que sólo las limitaciones de la propiedad hayan de nombrarse derechos reales.

Estudiada la citada teoría, pueden reducirse á tres los fundamentos de la opinión que se sostiene: 1.°, que la propiedad dividida afecta un carácter de perpetuidad ó permanencia, mientras que la limitación del ejercicio de los derechos del dueño en la propiedad limitada, no puede menos de ser temporal; 2.°, que en la propiedad dividida todos los derechos que integran el dominio, corresponden á dos ó más personas, pero para distinto fin, y en la propiedad limitada, todos esos derechos corresponden á una sola persona, y sólo resultan mermados á favor de otras en cuanto á su ejercicio; 3.°, como consecuencia de lo anterior, puesto que en la propiedad dividida los derechos todos radican, aunque para distinto fin, en diferentes personas, en cualesquiera de éstas pueden reunirse ó irse aglomerando esos distintos fines, y refundirse ó consolidarse el dominio pleno,

mientras que en la propiedad limitada, como el dueño es uno (ó varios proindiviso, que es lo mismo), y á él corresponden esencialmente todos los derechos, á él forzosamente debe volver el ejercicio de aquéllos de que temporalmente estuviese privado.

1.° El primer fundamento de esta opinión, relativo á la duración del derecho, nos parece por sí sólo bastante deleznable. ¿Cómo establecer una diferencia esencial entre dos distintas formas de propiedad solamente por su mayor ó menor duración? ¿qué es lo perpetuo? ¿qué es lo temporal? ¿hay por ventura algo perpetuo? ¿cuál es la línea divisoria entre lo uno y lo otro? El tiempo, la duración, es una idea relativa; si hay algo que dure eternamente, caso dudoso, si no imposible, ha de ser pasando por transformaciones sucesivas. El objeto en que radica el derecho de un modo más ó menos inseparable, no dura siempre; menos aun durará el derecho mismo. La perpetuidad no puede indicar más que una duración más larga que otra que no lo sea tanto. Si porque un derecho dure cien años se le ha de considerar esencialmente distinto de otro que dure cincuenta, por la misma poderosa razón, el que dure cincuenta será esencialmente distinto del que dure veinticinco, y éste del que se realice por diez años, y así sucesivamente. Se convierte en esencial lo que es sólo un accidente.

No basta convertir lo que se llama perpetuo en ilimitado, y decir que en un caso se sabe lo que ese derecho dura y en otro no. El tiempo no puede servir nunca de elemento esencial diferenciante. Por una parte, lo ilimitado puede durar menos que lo limitado, mediante la redención ú otras causas; por otra, la voluntad humana es la que ha de marcar la duración, y lo mismo puede fijar para el usufructo, por ejemplo, una vida que cuatro años, para la enfiteusis hasta que el censo se redima, ó cien años, ó tres generaciones; para el censo reservativo un plazo indefinido, ó uno determinado de antemano.

Los censos temporales, se dice, no pueden ser formas de propiedad dividida, porque necesariamente llega un día en que desaparece uno de los propietarios. De aquí la diferencia esen-

cial entre los perpetuos y el usufructo ó el arrendamiento. La duración, como hemos dicho, no puede constituir elemento esencial alguno. Necesariamente llega un día en que desaparece uno de los propietarios cuando los censos son temporales; necesariamente también ha de llegar ese día cuando los censos se dicen perpetuos.

Por otra parte, los censos reservativo y consignativo, ¿no tienen siempre los mismos caracteres de perpetuidad que los enfitéuticos? Las servidumbres reales, ¿no presentan esa misma indefinida duración? No sería, pues, nunca ese carácter suficiente motivo diferencial.

2.º La distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho es en este punto tan sutil, que recuerda la que hasta la vigencia del Código civil ha venido admitiéndose entre el derecho de usufructo y el derecho á percibir los frutos en el usufructo. Admitimos la distinción entre el derecho y su ejercicio al tratar de la capacidad de las personas, y al tratar de la posesión. Concebimos un derecho propio de todo hombre por el mero hecho de su existencia, y concebimos que, por circunstancias especiales, el sér que tiene ese derecho no pueda ejercitarle, por la menor edad, la locura, etc., lo cual representa el derecho sin su ejercicio. Y concebimos que quien no es dueño de alguna cosa ó derecho, aparente serlo, ejercitando el derecho sin tenerlo en su esencia. No vemos la razón de ser de la distinción cuando se trata de un usufructo ú otro derecho real legítimamente constituído y ejercido con plena capacidad de obrar, en nombre propio. Puede existir el ejercicio de un derecho por una persona en nombre de otra, como el mandatario por el mandante, el padre por el hijo, el tutor por el incapacitado; puede existir también en quien realmente crea tener el derecho que ejercite, ó pretenda tenerlo. Pero, ¿ocurre esto en los derechos reales en los términos que quiere suponerse?

El usufructuario, por ejemplo, obra en nombre propio, no obra en nombre de otro; tiene un derecho y porque lo tiene lo ejercita. En cambio el dueño pierde ese derecho, y no altera la

esencia de la cuestión el que la limitación del dominio de la cosa sea temporal, porque esto probará que el derecho vuelve al que lo tenía, pero no que nunca haya dejado de tenerlo. Mientras el usufructo exista, el derecho de disfrutar es del usufructuario, ¿qué le queda en él al propietario? ¿Cómo separar el derecho y su ejercicio? Es — se dice — que normalmente ha de volver al dueño. Bien; pero mientras no vuelva, no es suyo; volverá porque así se convino, porque el usufructo se extingue, porque lo accesorio sigue á lo principal; mas si al propietario se le quita el derecho de disfrutar, y el que lo adquiere lo ejercita legítimamente y en nombre propio, ni el derecho significa nada sin su ejercicio, ni el ejercicio se concibe sin el derecho.

Y si no, veamos bien la cuestión. Todo derecho real ó personal puede considerarse objeto de la relación jurída creada. El dominio lo mismo se concibe sobre una finca que sobre un derecho. El dueño del derecho tiene sobre él todas las facultades integrantes del dominio. Puede disponer de él, puede disfrutarle, puede reivindicarle. Constituído el usufructo, que es aquí el derecho, ¿quién es su propietario? ¿Quién dispone, quién disfruta, quién reivindica? No hay que dudarlo, mientras existe el usufructo, no es el dueño de la finca gravada, sino el usufructuario, el que puede enajenar su derecho y el que puede gravarle; él es quien lo disfruta, y si no se arrebata la finca, sino que se le despoja del disfrute, porque otro arranca, por ejemplo, los frutos, no es el dueño, sino también el usufructuario el que excluye y el que reivindica, no la finca, sino su usufructo. Pues si todos estos elementos del derecho de usufructo, no de su ejercicio, pertenecen al usufructuario, ¿qué le queda en él al propietario de la finca? Absolutamente nada mientras el usufructo exista. ¿Cómo, entonces puede sostenerse que el derecho queda en ese propietario y sólo se limita su ejercicio? Porque se establece una distinción que no existe realmente.

Lo que se dice del usufructo se aplica á todo derecho real, y á algunos con mayor razón si cabe, porque, como veremos, ni aun es cierto que el ejercicio del derecho vuelva siempre al due-

ño del inmueble. Borrada la distinción desaparece este carácter diferencial; pero aun hemos de hacer ver que las formas que se citan de propiedad dividida, son realmente derechos reales, propiedad limitada.

La principal forma de propiedad dividida es la enfiteusis, y ésta, con los feudos é instituciones análogas, constituyeron los primeros pasos dados para que la propiedad se distribuyese y llegase á poder de todos, y para que grandes tierras incultas entrasen en cultivo. El Estado y los Municipios en unas épocas, el Clero ó la Iglesia y los señores en otras, no pueden atender á sus inmensos dominios, ni obtienen de ellos utilidad, ni quieren desprenderse de su derecho en absoluto. En la Edad Media el vasallo acepta todo lo que el señor inventa para retener su señorío territorial, y se aplican á las concesiones de tierras los principios de la enfiteusis romana con la pensión, el laudemio, el comiso, el tanteo y el retracto. El señor conserva la libre disposición de su derecho, disfruta de sus fincas por medio de la pensión y demás trabas, y excluye en ellas el derecho de cualquiera otra persona; el enfiteuta trabaja y paga aprovechando los productos, y reconociendo sobre sus tierras un dominio superior. El derecho del cultivador es tanto más precario cuanto más antiguo. Las necesidades de la época tienen que imponerle ese sello, porque el señor que era dueño de las vidas de sus vasallos, con mayor razón había de serlo de sus haciendas y de los bienes que de él procedían.

Cuanto más avanzan los tiempos más se mitiga el rigor primitivo; la propiedad tiende á emanciparse; el llamado dominio útil adquiere cada vez más preponderancia, preponderancia que va perdiendo al mismo compás el dominio directo. El censo reservativo, el usufructo y el arrendamiento son ya cada vez más frecuentes, y el censo enfitéutico más raro; la redención impuesta como necesaria, las exigencias cada vez mayores de los cultivadores de la tierra, el mismo transcurso del tiempo, borrando y oscureciendo las relaciones jurídicas, contribuyen al mismo fin. ¿Qué queda hoy? Oigamos á Lehr: «El señor directo,

dice, guarda, si podemos expresarnos así, las insignias de la propiedad por excelencia; el propietario directo reina, pero no gobierna.»

Pregunta Ahrens, extrañándose de que el dominio útil vaya convirtiéndose en todas partes en un dominio pleno y completo, «¿qué peregrina justicia histórica y qué política han conducido en los últimos tiempos á consolidar la propiedad en manos de aquellos que poseen esos derechos en cosa ajena, cuando, sin embargo, no había falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por la otra parte?» Esta pregunta, último son de protesta contra el desenvolvimiento histórico de los hechos que va quitando cada vez más importancia á la llamada propiedad dividida, no necesitaba para nuestro objeto contestación; pero no podemos resistir el deseo de copiar las siguientes hermosas frases de Laboulaye, que ponen de relieve cuál ha sido la razón de ese hecho, cuál la peregrina justicia histórica que ha acabado por colocar los derechos del trabajador sobre los de los antiguos señores.

«Al lado del derecho místico de la propiedad hay un hecho importante que concluye á la larga por sobreponerse al derecho, y ese hecho es la posesión, es el cultivo. Nace un derecho, el derecho del trabajo, origen de la misma propiedad, y como llega un momento en que estos intereses se han desenvuelto sobre el suelo de un modo tan poderoso, que sería una gran injusticia despojar de él al poseedor en provecho del propietario, la ley entonces defiende los intereses de aquél, la propiedad se divide, el suelo se deja al uno, mientras que el pago de una renta ó canon conserva ó mantiene el derecho paralizado del propietario. Pero aun este canon se hace más insoportable á medida que el derecho del último se va borrando con el transcurso de los años, y ya no es más que una carga real que grava la propiedad nueva, que al fin y al cabo se rescata ó se extingue; el feudo reemplaza al beneficio, el censo al precario; la propiedad sustituye al feudo y al censo; es esta una de esas evoluciones periódicas que se reproducen en todos los pueblos antiguos, lo mismo que

en las naciones de la Edad Media. La concesión, el canon, la propiedad, son las tres grandes fases que las clases pobres ó siervas han recorrido sucesivamente para llegar á la libertad, y de la libertad al poder.»

Pero aun examinada la enfiteusis en toda su pureza, ¿quién duda que es una limitación de la propiedad? El derecho del censualista, se dice, constituye el dominio directo ó poder de disposición; disposición, ¿de qué?, ¿de la finca?, nunca; sòlo de su derecho. El censatario tiene el dominio útil ó poder de aprovechamiento, se dice; pero, ¿acaso no dispone, aunque con ciertas limitaciones, de la finca? «Ninguno de estos dos derechos, dice Lehr, de estos dos pedazos de derecho, responde á la idea del más absoluto y exclusivo de todos los derechos, del derecho de propiedad.» «No hay tales dominios, como afirma también Sánchez Román: el dominio no es más que uno con todos los derechos que le integran; cuando falta alguno de ellos, la descomposición del dominio ha dado lugar á dos derechos distintos, más ó menos parecidos á los de nuda propiedad y usufructo, no á dos dominios diferentes, y sólo por la reunión ó consolidación de ambos, vuelve á renacer el dominio verdadero. Un pedazo de propiedad no es la propiedad, como un pedazo de un hombre no es un hombre.»

El propietario que reservándose ese llamado dominio directo, cede á otra persona el goce y disfrute exclusivo de sus fincas, limita indudablemente sus facultades, ya no dispone más que del derecho que se reserva, ni excluye más que respecto de ese mismo derecho, y el objeto en que radica, la finca, pertenece al enfiteuta, que es quien puede transmitirla por actos entre vivos ó *mortis* causa, quiera ó no quiera el otro que se llama dueño. Por otra parte, el enfiteuta se halla limitado de tal modo en sus facultades que apenas puede realizar libremente acto alguno, todo son trabas. Si, pues la propiedad se halla quizás más limitada en ésta que en ninguna otra institución, poco importa, en último término, que digamos que esa propiedad se halla dividida, porque hay que asegurar que también está limitada, y si es-

tas limitaciones constituyen los derechos reales: derecho real es la enfiteusis.

En el derecho de superficie, en el que es de uno el suelo y de otro el edificio en él construído, habrá una propiedad dividida, pero también hay dos derechos, limitados el uno por el otro, ó una propiedad limitada. Lo mismo ocurre en cualquier otra forma de propiedad dividida que no sea un verdadero condominio; siempre hay limitación recíproca, y si las limitaciones son los derechos reales, la propiedad dividida representa solamente una forma de la propiedad limitada y constituye también un derecho real.

3.º El tercer argumento no tiene fuerza en contrario de lo dicho. Que en los derechos reales hay uno que es el dueño, en quien virtualmente radican todos los derechos, de tal modo, que á él han de volver á parar, ó que en él han de volver á reunirse, mientras que en la propiedad dividida hay, digámoslo así, dos dueños, por lo que en los dos se puede refundir ó consolidar el dominio pleno. Este carácter no es tan absoluto como parece. Por una parte, tendríamos solamente que en algunas formas de propiedad limitada, como la enfiteusis, cada una de las personas en quienes radicaban derechos dominicales, podía absorberlos todos, lo cual es lo mismo, y es, sin embargo, diferente. Por otro lado, pueden observarse casos que no entran en la esfera de la propiedad dividida, que son formas de propiedad limitada, aun según la opinión contraria, y que, no obstante, muestran ese mismo carácter, esa misma posibilidad, pueden llegar al mismo resultado. En este caso se encuentra el derecho de retraer, que es una limitación al derecho de disponer que tiene el adquirente: todos los derechos dominicales no están reunidos, pero pueden reunirse lo mismo en el comprador por el transcurso del tiempo si no se ejercita el retracto, que en el vendedor mediante la redención. Lo mismo ocurre con la posesión: el poseedor no es el dueño en quien virtualmente residen todos los derechos que han de volver á él, y, sin embargo, todos esos derechos pueden reunirse en ese poseedor por virtud de la pres-

cripción. Lo mismo sucede en virtud del comiso ó la redención en los censos consignativo y reservativo. É idéntica cosa tiene lugar en la prenda y en la hipoteca: el deudor sólo tiene limitado el ejercicio de algunos derechos que en él deben volver á reunirse, ¡cuántas veces, sin embargo, se reunen por el simple hecho de no cumplirse la obligación, no en el dueño, sino en el acreedor! No es ese, por consiguiente, un elemento tan esencial que deba hacernos cambiar de opinión.

***

¿Son los censos convenientes? ¿Favorecen ó perjudican á la propiedad? Nadie duda de su justicia, en cuanto son, como dice Sánchez Román, una manifestación del poder dominical. En cambio, no todos los autores los consideran convenientes ni en el orden jurídico ni en el económico. No en el primero, porque representan un gravamen, una traba para la propiedad. No en el segundo, porque se entiende que empeoran el cultivo, incitan al abuso en la producción para obtener más pingües rendimientos, matan los estímulos de cuidado y vigilancia de la propiedad en el censualista y en el censuario, y dividen á los hombres en trabajadores y ociosos.

No participamos por completo de esta opinión.

En el orden jurídico es evidente que, representando los censos un gravamen, son una traba ó una limitación de la propiedad, y tienen todos los inconvenientes de la propiedad gravada. Pero nos parece que la cuesitón no estriba en eso, y que la comparación no debe establecerse con la propiedad libre, sino con otros gravámenes para poder deducir si el censo es ó no peor que los demás. En este terreno debe anatematizarse con razón la perpetuidad ó irredimibilidad de los censos, el laudemio, el retracto, y aun el comiso cuando su ejercicio pueda depender en absoluto de la voluntad del censualista, caracteres todos propios del censo enfitéutico en toda su pureza; pero fuera de esto, tienen los censos sobre otros gravámenes, la ventaja de la modi

cidad de la pensión que permite cumplir fácilmente la carga, y el poder hoy en cualquier tiempo redimirla, sin apremios ni molestas vejaciones. Aun el comiso, reducido á sus justos límites, no es peor que el desahucio. Sobre todo, el censo consignativo, es tan ventajoso para el propietario, que precisamente por ello raras veces se constituye en nuestra época, pues no conviene en modo alguno á los usureros, que prefieren réditos mayores aunque de menos duración, y la facultad de cobrar pronto el capital instando la venta judicial de los bienes.

En el orden económico, es cierto que el censualista es un ser ocioso que cobra y no trabaja, si solo se atiende á la relación establecida por el censo, y que desde que cede á otro los bienes, pierde casi en absoluto el estímulo que el verdadero propietario tiene para cuidar y vigilar sus bienes. Pero esto último, que desde luego no es aplicable al censo consignativo, prueba que hasta en el censo enfitéutico, el censualista, al buscar un tercero para que cultive sus fincas, entiende que deja de ser el verdadero propietario de ellas. Con los censos y sin ellos, siempre existirán esos séres ociosos, verdaderos parásitos sociales, que viven sólo á costa del trabajo de los demás.

Los otros inconvenientes que se alegan no los encontramos ciertos. Los censos precisamente se constituyen, aun hoy, para cultivar lo inculto, ó para mejorar el cultivo ó tranformarle de un modo más útil, y se constituyen por quien no puede realizar esos hechos y en favor de quien se halla en mejores condiciones para llevarlos á cabo. El censatario, ó es ya dueño, ó entiende que adquiere el verdadero dominio de la cosa, y la mira y la cuida como suya sin abusar de su producción, porque no es un mero arrendatario que deba devolver en breve plazo los bienes, sino que ha de tenerlos por mucho tiempo, confiando en que será para siempre, y estimulándole todo lo posible para convertir en un hecho consumado su propiedad al llegar el día anhelado de la redención. Como dice Deslandes, es buena toda institución que ofrece seguridad en la posesión al que cultiva la tierra.

Los censos favorecen tambien la distribución de la propie-

dad, evitando la acumulación en pocas manos y los inconvenientes de los latifundios. «No se oculta al ánimo imparcial, decía el preámbulo del decreto de 20 de Febrero de 1874, que si el influjo de las ideas, el poder de los hechos y la acción del tiempo, han alterado el modo de ser de la propiedad en aquella forma constituída y tienden á organizarla sobre el principio personal é individualista, el régimen foral produjo grandes beneficios, y fué tan previsor, que por él se han visto muchas provincias españolas libres del mal de los latifundios, y, por consiguiente, del socialismo campesino, que en otras partes se levanta injusto y realiza criminales devastaciones, ó amenaza con destruir airado los derechos más claros y los más respetables y legítimos intereses.

II.—*Breve reseña histórica de los censos.*

La historia de los censos ocupa un lugar importantísimo en la historia de la propiedad, con la que se halla mezclada y confundida. De la propiedad nació el censo, y el censo llegó á convertir la posesión en nueva propiedad, y tiende constantemente á realizar el mismo fin, confirmando la regla de que uno de los fundamentos esenciales del derecho de propiedad es el trabajo, la íntima relación que por él se establece entre la cosa y el sujeto, entre la tierra y su cultivador.

Al expresarnos así, prescindimos del censo consignativo. Esta forma es muy posterior á las demás, y aunque también realizó misión importante, su creación no fué ya tan natural y espontánea, fué más bien un artificio humano inventado para burlar preceptos legales, un remedo del censo adoptado para lucrar, un modo de colocar capitales haciéndoles producir más ó menos renta ó interés.

Los censos enfitéutico y reservativo, por el contrario, obedecieron á una necesidad, y operaron en la propiedad una gran transformación. El arrendamiento en unas épocas de la historia y el precario en otras, se convierte en la enfiteusis; la enfiteu-

sis va á parar á la propiedad gravada sólo con una pensión; la propiedad gravada se redime y se transforma en libre, tendiendo siempre, como hemos dicho, á afirmar y consolidar el derecho del poseedor, y á borrar el derecho del propietario antiguo, del propietario que no posee. Es la ausencia ó presencia del dueño respecto á sus cosas, combinada con el tiempo; en suma los mismos elementos que imponen la prescripción de todos los derechos, y acaban por borrarlos, aunque medie cierto lazo entre el dueño y el poseedor, ó se reconozca en principio el verdadero carácter y facultades de cada interesado.

Ya sabemos que en las primeras épocas de la historia de todos los pueblos, no existe la propiedad individual de la tierra, existe sólo la posesión por la tribu, y más tarde por las familias, y el reconocimiento de un derecho superior que residía en la Divinidad, en el Emperador, en las Castas privilegiadas ó en la Ciudad. En nombre de la Ciudad, ó en nombre del Emperador, debieron hacerse repartos de tierra con la obligación de pagar una renta ó una parte de los frutos, y donde ese reparto no lleva ya consigo el sello de perpetuidad relativa propio de los censos, significa un arrendamiento que, á la larga, en censo era natural que se convirtiese.

Leemos en el *Genesis*, que José, hijo de Jacob, cedió á los egipcios, en nombre de Faraón, varias tierras, reservándose el derecho de percibir la quinta parte de sus frutos. Dícese que los espartanos entregaban á los ilotas el cultivo de sus propiedades mediante cierto canon, reservándose una especie de dominio eminente ó superior. En otros pueblos, tras guerras y conquistas de territorios, los vencedores cedían á los vencidos sus propias tierras, con la obligación de abonar una porción de sus utilidades. Así ocurría en la *hospitalites* del pueblo germano. Son éstas las manifestaciones originarias de los *censos:* entrega de posesión, abono de pensiones, reconocimiento del superior derecho del concedente.

Pero si en la generalidad de los pueblos antiguos es difícil marcar con exactitud la extensión y el desarrollo de esos dere-

chos, en Roma puede seguirse paso á paso el nacimiento de la institución.

Lo mismo el suelo de Italia que el de las diversas provincias del Imperio, se consideraban de dominio público, pertenecían en principio al Estado, al pueblo romano, en cuyo nombre se hacían repartos á los vencidos del terreno conquistado, entregando á veces el sobrante á la ciudad. El *ager publicus* fué poco á poco transformándose en propiedad privada, mediante la ocupación más ó menos arbitraria de los patricios, la asignación ó adjudicación con ciertas condiciones, pero sin pagar renta, la venta de la posesión y el arrendamiento.

Los Municipios acostumbraban á arrendar sus tierras, unas veces por cinco años, y otras por plazos mucho más largos ó á perpetuidad, pudiendo en este caso pasar á los herederos; el arrendatario pagaba una renta en pensión ó especies, que se nombraba *stipendium ó vectigal*. La razón de esta diferente duración se explica fácilmente: el terreno cultivado se tomaba á plazo corto, pues desde luego ofrecía inmediata utilidad; el terreno inculto requería una concesión larga, mayores ventajas para procurar su plantación ó cultivo, y asegurar el beneficio

Bien pronto se observó que la condición de los diversos arrendatarios era muy distinta; la perpetuidad envolvía un derecho mucho más fuerte, y al mismo tiempo una más pronunciada limitación. Discutióse si se trataba en tal caso de una venta ó de un simple arrendamiento, y por de pronto se distinguieron los predios en vectigales y no vectigales, quedando aquella denominación para los arrendamientos perpetuos. Se concedió además al arrendatario una acción real para defender su derecho aun contra el mismo dueño. Dichos arrendatarios reconocían la propiedad en el Municipio; pero tenían un derecho transmisible á sus herederos ó á un legatario, derecho que perdían al dejar de abonar el vectigal.

El ejemplo de las ciudades y Municipios fué seguido por los particulares, y después se extendió á los bienes de la Iglesia, á los del Fisco y á los del Emperador.

El contrato especial que nos ocupa, y el derecho que representaba, recibieron al fin un nombre tomado del griego, *enfiteusis* (de *en* y *phyteno*, acción de plantar), y el Emperador Zenón, afirmó su naturaleza propia é independiente, distinta al arrendamiento y á la venta, y dictó varias reglas para su constitución y efectos, reglas completadas por Justiniano.

El enfiteuta no podía por sí sólo disponer de lo que no era suyo, pero no hubo dificultad en admitir que le correspondía ese derecho siempre que el dueño diese su consentimiento. De aquí nació la necesidad de obtener esa aprobación, dando para ello el oportuno aviso, y después, y como consecuencia, el derecho de prelación en el dueño, no sólo respecto á lo que entregó, sino también á sus mejoras, el abono de una cantidad, *laudemio*, como recompensa por su consentimiento, y aun la presunción de consentir cuando no se oponía oportunamente á la enajenación. En cuanto al derecho de comiso, existía en su esencia desde el principio: era el mismo derecho de desahucio por no cumplir el arrendatario ó enfiteuta sus obligaciones.

Tenemos, pues, completamente formada en Roma la institución de la enfiteusis, y marcada esa descomposición de derechos que más tarde, en la Edad Media, recibió los nombres de dominio directo y útil.

Por otra parte, no fué extraña en Roma, desde el siglo IV de J. C., la transmisión del pleno dominio de una finca, mediante el pago de determinada pensión; acto que entraña la constitución del censo reservativo.

La enfiteusis no desaparece por completo después de la invasión de los pueblos bárbaros, pero pierde casi toda su importancia, y se combina en el transcurso del tiempo con otras instituciones ó costumbres más ó menos análogas.

Cambiadas las circunstancias, asistimos desde el principio de la Edad Media á otra forma de aparición del censo, que, en el fondo, responde á la misma necesidad, cumple el mismo fin y reviste análogos caracteres.

Adquiere preponderancia excesiva la Iglesia, obtiene cuan-

tiosas donaciones, y nace *un precario* especial distinto al romano. La Iglesia recibía de los fieles la propiedad de sus tierras, y después entregaba su uso y disfrute al donante durante su vida, readquiriéndolos ó consolidando en sus manos el dominio pleno al ocurrir el fallecimiento. Aumentados sus bienes, los cedía después á otras personas en iguales condiciones, con la obligación de pagar determinada y módica pensión. El ejemplo de la Iglesia fué seguido por la nobleza y los grandes propietarios, y la institución pasó al derecho civil, siendo, como dice el Sr. Azcárate, temporal, por un plazo fijo, ó revocable, vitalicia ó hereditaria, por una ó más generaciones, etc.

Del hecho de ser las tierras desde luego propias del concedente, ó pertenecer en principio á otra persona que los transfería, para recibirlas de nuevo é inmediatamente del señor, poniéndose bajo su protección, y con ciertas condiciones, nació la distinción de tierras *concedidas á censo*, y tierras *recomendadas*. En aquéllas, el dueño era el señor, y el concesionario se decía que tenía sólo un derecho real; en las recomendadas, el dueño era el concesionario, sin más limitaciones que el pago de la renta, canon ó pensión.

Al lado de estas instituciones, nació el *beneficio*, y existía la propiedad *servil*. En los beneficios también podían concederse tierras, pero rara vez á cambio de renta, sino á condición de prestar servicios personales, principalmente ayuda en la guerra, imponiendo ciertos deberes incluídos en el nombre de *fidelidad*. La propiedad *servil* á su vez se concedía á los siervos, era de carácter precario ó revocable á voluntad, imponía la prestación de servicios personales, y no estaba protegida por la ley, sino sólo por la costumbre amparada por el tribunal del señor.

Los *beneficios*, como expresa el Sr. Azcárate, se transformaron en *feudos*, mediante la perpetuidad debida al carácter hereditario que revistieron, y la propiedad *censal* tomó en parte ese mismo carácter, ya bajo el influjo de los feudos, ya, como es más lógico, por el influjo natural del tiempo, que en ambas instituciones fué afirmando el derecho del poseedor y tendiendo á su

perpetuidad. Aun la propiedad servil no pudo librarse de esta ley. Y entonces, aparte el precario y el arrendamiento, y desde estos simples derechos al de propiedad, se observa como muy general la forma censal de la propiedad, ya temporal, ya vitalicia, ya hereditaria por más ó menos generaciones, ya en fin perpetua, y con más ó menos facultades en el señor. Llega á veces á consistir el derecho de éste sólo en el cobro de una pensión á perpetuidad, y se aceptan en otras ocasiones las reglas propias de la enfiteusis romana, nacidas, ya de la influencia del derecho de Roma, ya de la identidad de circunstancias, pues cedida la posesión de la tierra á perpetuidad, hubo de permitirse la enajenación con consentimiento del señor, y arrancar de aquí los derechos de prelación y de laudemio, como en Roma, derechos que también existían en los feudos, quizás por el influjo de la misma necesidad y del mismo derecho romano.

En esta época, aparece ya la distinción entre el dominio directo y el dominio útil.

Vemos, pues, brotar en la historia de un modo natural y espontáneo, lo mismo el censo enfitéutico que el reservativo. Este nació directamente en virtud de las concesiones de los Emperadores romanos, se practicó por los particulares, era la forma embebida en el caso de recomendarse el vasallo á su señor, dándole sus tierras, que luego recibía como merced á cambio del pago de un canon, y era también en ciertas ocasiones una transformación del censo enfitéutico impuesta por la preponderancia del derecho del poseedor.

Los censos á perpetuidad eran naturalmente irredimibles, pero este carácter podía cambiarse bien por el hecho de admitir el señor la redención, bien por establecerse desde luego bajo esa base. Por regla general el censatario podía enajenar las fincas. Sin embargo, había concesiones con la cláusula de inalienabilidad é indivisibilidad. En éstas, y por virtud tal vez de la misma prohibición, llegó á permitirse otro mal desde luego peor, el de poder acensuar de nuevo la propiedad ya acensuada, naciendo así las subenfiteusis y los subforos.

Los feudos se enlazan después cada vez más á la enfiteusis, pretendiéndose establecer entre ambas instituciones relaciones creadas en la práctica sólo por las circunstancias, y establecidas en teoría por el deseo de generalizar. Y es que los mismos señores feudales eran los señores directos; la sociedad se dividía en clases; los vasallos ligados por el beneficio lo estaban también por la pensión; el derecho á la propiedad residía en las clases altas, y la posesión y el disfrute en la clase humilde, en los villanos, que para todo habían de contar con la voluntad del señor.

* * *

Hasta aquí no vemos aparecer el censo consignativo. «Este aparece, como dice Corbella (1), solamente en la Edad Media, cuando los Santos Padres, los Papas y los Concilios habían fulminado sus anatemas contra la usura, y cuando las leyes de los Estados cristianos iban respondiendo á esos ecos de general reprobación de los contratos usurarios.» «La naturaleza del censo consignativo revela que su principal objeto fué transformar el préstamo á interés, de contrato ilícito que era, en institución moral y permitida.»

Se cree que este censo pasó de Alemania á Italia, á Sicilia y á Aragón, y después á Castilla, coincidiendo aquí su aparición con la expulsión de los judíos. A mediados del siglo XIV se encuentran ya disposiciones sobre este censo en Cataluña. Tal vez se introdujeron á imitación de los *juros*, por los que los Monarcas recibían capitales imponiéndolos sobre las alcalbalas, tercias y otras rentas de la Corona, y pagando cierto interés á perpetuidad.

Sea como sea, los particulares practicaron ese medio de burlar las leyes que prohibían la usura, no dando á préstamo, pero sí facilitando capitales cuya cesión era perpetua, imponiéndolos

(1) Historia jurídica de las diferentes especies de censos.—Memoria, 1892.

sobre fincas, y exigiendo por ellos una pensión á veces excesiva, amén de reservarse otros derechos tales como el comiso, pues á este censo indudablemente se refiere la ley 68 de Toro: «Si alguno pusiere sobre *su* heredad algún censo con condición que si no pagare á ciertos plazos, que caiga la heredad en comiso, que se guarde el contrato y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande y más de la mitad.»

No nos incumbe ocuparnos en este lugar de las vicisitudes de este censo y de las limitaciones de que fué objeto, en general, ó con relación á nuestra patria. En los comentarios de los artículos 1657 al 1660 tendremos ocasión de examinar esta materia.



Los censos enfitéutico y reservativo constituyeron largo tiempo una de las más numerosas y características formas de la propiedad en aquella época. Vino más tarde la preponderancia de la Monarquía y su aspiración á convertir toda la propiedad en un inmenso feudo. Después, la lenta conversión de la propiedad censual en propiedad libre, el amparo cada vez mayor á los derechos del poseedor y el cercenamiento de las facultades de los dueños ó señores. Y por último, la explosión de las ideas de libertad é individualidad por medio de la revolución francesa, el odio al feudalismo y la prevención contra la enfiteusis y todas las instituciones censales.

Producto de estas nuevas ideas fueron la destrucción del feudalismo, la desvinculación y la desamortización, tanto civil como eclesiástica. En cuanto á los censos, la tendencia fué hacer desaparecer la distinción entre los dominios directo y útil, proteger y extender los derechos del poseedor y declarar todos los censos redimibles.

La enfiteusis llegó á suprimirse en varios códigos. Pero después, iniciada una nueva y contraria reacción, se ha comprendido que no había razón para confundir los censos con los feudos, que aunque en especiales circunstancias históricas hayan

podido relacionarse, y presentarse ambas instituciones unidas, son realmente distintas, y que, aun la enfiteusis puede producir en el porvenir, bien reglamentada y siempre redimible, beneficiosos resultados.

Corbella, haciendo el resumen de las legislaciones modernas en estas materias dice: «Resumiendo: está admitido el censo enfitéutico, en los términos que dejamos expuestos, en las legislaciones de Prusia, Francia, Bélgica, Austria, Luisiana, Rusia, Provincias Bálticas, Holanda, Italia, Bajo Canadá, Portugal, Méjico, Egipto, Zurich, España é Inglaterra, con la circunstancia de que en el Bajo Canadá la enfiteusis es forzosamente temporal.»

«El censo enfitéutico es forzosamente redimible en Francia, Bélgica, Luisiana, Italia, Méjico, Egipto, Zurich y España, y redimible en Holanda.»

«No está admitida la enfiteusis en Vaud, Chile, República Argentina y Uruguay, y tan sólo se halla expresamente prohibida en Guatemala.»

Admite también dicho censo el Código de Venezuela que copia al italiano.

Nosotros creemos que los Códigos de Francia y Bélgica no admiten la enfiteusis, y que las palabras del art. 530 de aquel en que se funda la creencia de estar permitido, sólo pueden aludir al censo reservativo. Es de advertir también que en algunos de los otros Códigos que se citan, la enfiteusis está tan limitada que puede estimarse convertida en censo reservativo.

Este último censo no se admite en Guatemala, se prohibe para lo sucesivo en Portugal, y se considera como venta á plazo en Méjico.

El censo consignativo, cada vez más en decadencia, subsiste en los Códigos de Francia, Bélgica, Vaud, Luisiana, Holanda, Chile, Portugal, Méjico, Uruguay, Egipto, Zurich, Italia, Venezuela y España. Se prohibe en el Código de Guatemala.

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Separándose nuestro Código del proyecto de 1851, admite todos los censos conocidos, y dedica á su examen los artículos 1604 al 1664.

Duélense varios autores de que ni aun el censo enfitéutico haya sido proscrito siguiendo el ejemplo de varios Códigos extranjeros. Nuestro Código respeta, como debe, la voluntad individual en la contratación, y no ha creído justo poner trabas á esa libertad sólo por odio á instituciones que pasaron. Encuentra los censos en la vida real y los reglamenta, tendiendo sólo á restringirlos en cuanto merecían restricción, y á sustituir una doctrina racional, clara y completa, á la amalgama oscura, escasa y contradictoria de disposiciones legales que antes existía. Si el censo enfitéutico ha de desaparecer con el tiempo, como varias especies de animales raros de que cada vez van quedando más escasas muestras, el Código no ha de prestarles la vida que les falta. Es inocente creer que van á aumentar los censos porque se permita su constitución en el porvenir: lo único que ocurrirá es que los que aun se constituyan estarán sujetos á más racionales reglas.

Hacemos estas indicaciones atendiendo principalmente al censo enfitéutico, que es el que puede motivar la cuestión. Respecto á los demás, ya hemos dicho que los consideramos ventajosos y convenientes.

Ahora bien: aunque justifiquemos la conducta del Código, no por eso pretendemos que sea la mejor. Como respeto á la libre iniciativa individual, hubiera bastado legislar sólo sobre los censos reservativo y consignativo, sin proscribir el enfitéutico, y permitir que en el primero se aumentasen todos los pactos y

condiciones lícitas posibles, incluso el comiso, el laudemio y el retracto.

Otra cuestión suscita el lugar en que el Código se ocupa de los censos. Aparecen éstos como un contrato y no se incluyen entre las limitaciones ó modificaciones de la propiedad en su libro segundo, y que al fin el censo es siempre un derecho real, y el contrato sólo es una de las varias formas en que puede constituirse, opinan algunos que su lugar más adecuado sería dicho libro segundo. Sólo con llevar á éste ó al primero todas las materias que están á su juicio impropiamente en el cuarto, como lo relativo á éste y á otros derechos reales y al régimen económico legal en los bienes del matrimonio, desaparecería la desproporción que existe entre el número de artículos de cada libro. Pero al fin, esta es sólo una cuestión de forma ó método, y no hay que olvidar, en lo que al censo se refiere, que en la realidad el contrato es casi la única forma de su constitución, pues por testamento, donación ó prescripción, se constituyen más en la teoría que en la práctica.

El censo, como todo derecho, afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1906, puede constituirse por prescripción.

Pasemos al estudio de los censos con arreglo al Código civil.

ARTÍCULO 1604

Se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon ó rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, ó del dominio pleno ó menos pleno que se transmite de los mismos bienes.

ARTÍCULO 1605

Es enfitéutico el censo cuando una persona cede á otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho á percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio.

ARTÍCULO 1606

Es consignativo el censo, cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon ó pensión que se obliga á pagar al censualista por el capital que de éste recibe en dinero.

ARTÍCULO 1607

Es reservativo el censo, cuando una persona cede á otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho á percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario.

Empieza el Código por dar una idea de los censos en general, y de cada una de sus principales especies.

No pretende definir con perfección el derecho, sino expresar claramente cuando existe y sus caracteres esenciales y diferenciales.

El Código acepta los conceptos conocidos de cada especie de censo. No empieza afirmando que sean derechos reales, porque los incluye en la materia de contratos, pero desde luego los admite y considera como tales derechos, y así lo comprueba terminantemente el art. 1623 y aun el 1604.

Nuestras leyes antiguas sólo definían, y no de un modo completo, el censo enfitéutico. A los demás se les nombraba como cosa conocida. La ley 28, tít. 8.°, Partida 5.ª, decía: «*Contractus emphyteuticus*, en latín, tanto quiere dezir en romance como pleyto ó postura que es fecho sobre cosa rayz, que es dada á censo, señalado, para en toda su vida de aquel que la recibe, ó de sus herederos, ó segun se auiene, por cada año.»

«*Emphyteosis*, quiere tanto dezir como enajenamiento, que se faze en manera de vendida.» (Ley 1.ª, tít. 14, Partida 1.ª)

«*Emphyteosis* es manera de enajenamiento, é es de tal natura que, derechamente, non puede ser llamada vendida nin arren-

damiento, como quier que tiene natura en sí de ambas á dos, é há logar esta enajenación en las cosas que son dichas rayces, é non en las muebles, é fazése con voluntad del señor de la cosa, é del que la rescibe, en esta manera, que el rescebidor ha de dar luego de mano al otro dineros ó alguna cosa cierta, segund se auenieren, que es como manera de prezio, é que ha de fincar por suyo quitamente, é el señor de la cosa deue la entregar con tal condicion, que le de cada año dineros ó otra cosa cierta en que se auinieren. E puede fazerse tal enajenamiento como este, para siempre ó para cierto tiempo, é deuese fazer por carta de escribano público ó del señor que lo da, é despues desto, non se puede desatar, pagando cada año el que tiene la cosa aquello á que se obligó.» (Ley 3.ª, tít. 14, Partida 1.ª)

La ley 69, tít. 18, Partida 3.ª, comprende un modelo de escritura de dación de finca á censo.

Después de lo expuesto en las ideas generales con relación al concepto del censo y de sus diversas especies, poco debemos añadir en este lugar.

La pensión por tiempo indefinido es de esencia en el censo. Es, desde luego, la remuneración ó el equivalente de algo que ha recibido el que la abona del que tiene derecho á cobrarla, y ese algo consiste en la entrega de un capital, sea en dinero ó en fincas. Las mismas fincas entregadas, ú otras propias antes del pagador de la pensión, aseguran el cobro de ésta y la efectividad del capital. Y aquí tenemos la noción completa del censo, que en esencia es sólo uno. A lo más pudieran distinguirse dos especies de censo ó dos tipos principales, como lo hace J. Gil en su obra de indicaciones sobre los censos publicada en 1880.

«Los censos sobre bienes, dice, pueden reducirse á dos tipos principales, según el hecho en virtud del cual se forman, que aparece con esta distinción:

»*a*) Recibiendo el censuario una cosa raíz del censualista, bajo la obligación del pago de una renta, y añadiendo ó no añadiendo á esta obligación otros gravámenes.

»*b*) Asignando el censuario una cosa raíz suya para pago

de una renta que se impone por dinero ó por un acto de liberalidad.

»Tenemos por lo mismo, añade:

»*a*) Pensiones que se perciben por la dación de una cosa raíz al que por esto se convierte en censuario.

»*b*) Pensiones que se perciben porque el censuario ha gravado cosa propia, por haber recibido un capital por ello ó en virtud de un acto de liberalidad.

»Al primero de los tipos corresponden: el censo enfitéutico, el censo por derecho de superficie y el censo reservativo. Al segundo corresponden los censos llamados consignativos.»

En realidad, como hemos dicho, el censo es en su esencia uno solo, y su concepto resulta claro en el art. 1604, que abraza los tres caracteres principales que le distinguen: entrega de capital, pago indefinido ó por tiempo ilimitado de una pensión y afección real de un inmueble.

Aplicando la legislación anterior, declara el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Octubre de 1901, que los censos se consideran siempre bienes inmuebles, aun impuestos sobre los propios y arbitrios de un pueblo.

Digamos algo sobre las diversas especies de censos que se admite generalmente y acepta el Código en sus artículos 1605, 1606 y 1607, sobre cada uno de los cuales se ocupa después especialmente.

1.º *Censo enfitéutico.*—Es la especialidad de este censo la transmisión sólo del dominio útil de una finca, reservándose el censualista el dominio directo.

¿Qué es dominio directo? ¿qué es dominio útil? Son términos convencionales admitidos de antiguo en el lenguaje jurídico y que el Código respeta, sin responder por ello de su mayor ó menor propiedad ó exactitud.

Dominio directo se dice ser el poder de disposición. Dominio útil el poder de aprovechamiento. En realidad son dos derechos que, solo unidos, constituyen el verdadero dominio del inmueble, y los conceptos más bien responden á las ideas de nuda

propiedad y usufructo, que á la descomposición de relaciones jurídicas creadas por el censo enfitéutico. Si se quieren ver aquí dos dominios diferentes, es necesario referirlos al derecho especial que cada interesado tiene sobre la cosa, y en ese sentido, el señor directo dispone y disfruta, excluye y reivindica en lo suyo, y el señor útil, excluye y reivindica, disfruta y dispone de su derecho.

Para formarse una idea de los dominios directo y útil, puede imaginarse la existencia de un poseedor de inmuebles que sabe que no es dueño de lo que posee y reconoce ese dominio preferente, pero que ostenta todos los derechos inherentes á la posesión, y la existencia de un dueño que sabe que otro posee lo suyo, y lo consiente mediante el pago de una pensión ó parte de la renta ó productos del inmueble, y otras limitaciones. Así, el señor útil, ó enfiteuta, disfruta la finca como el poseedor de derecho, pero dando una parte del producto de su trabajo al otro señor que le deja disfrutar; dispone de la cosa, pero dando aviso y reconociendo desde luego la preferencia, en igualdad de condiciones, del otro señor; excluye en la posesión de la cosa á toda otra persona que no sea ese mismo señor, y con iguales limitaciones reivindica. A su vez el señor directo conserva todos esos derechos que al señor útil se cercenan y recobra además la cosa cuando tales derechos se le niegan, ó las obligaciones que envuelven y representan no se cumplen.

¿Cuál de esos dos derechos pueden considerarse como principal con relación á la cosa sobre que recae? Cuando los señores podían á su arbitrio quitar á sus vasallos ó colonos el terreno que le concedieron, no podía existir duda alguna. Hoy, que no es así; hoy, que ese señor tiene que respetar la posesión que transmitió; hoy, que el que dispone de la cosa, y el que la disfruta, y el que la cuida y conserva y vigila y defiende, aunque con ciertas limitaciones, es el dueño útil; hoy, que á la perpetuidad de la cadena que ligaba á ambos señores, ha sustituído el derecho de redención por parte del enfiteuta, el caso, prácticamente, tampoco ofrece duda. En el terreno de los principios

podrá afirmarse que el dominio útil nace del directo y vive á expensas de él, supeditado á él, reconociendo siempre su superioridad. En el terreno de la realidad, quien aparece dueño de verdad, quien como tal se ostenta á los ojos de todos, quien verdaderamente se interesa por la propiedad de la finca, y la cuida y defiende, y transmite, aunque no libre, sino con trabas, es el señor útil. Éste es el dueño de hecho; el otro sólo lo es de derecho. Como dice Lehr, el señor directo reina, pero no gobierna, conserva los honores, las insignias, pero nada más. Es la historia de siempre, el hecho sobreponiéndose al derecho, el trabajo conquistando palmo á palmo lo que la impotencia, ó la apatía, ó el egoismo abandonó.

En este censo, como en el reservativo, hay desde luego una transmisión de dominio, una especie de venta, cuyo precio consiste, se dice, en el pago de la pensión por tiempo indefinido, ó hasta que se ejercite por el censatario el derecho de redención; quizás más propiamente pudiera decirse que el precio consiste en el capital, del cual la pensión representa sólo un interés por la dilación en su entrega, pero todo esto da al acto y al derecho una fisonomía especial. Resulta que, ó el comprador, además del precio, en el primer supuesto, ha de abonar un capital equivalente á lo que recibió, ó el vendedor, en el segundo, no está facultado para exigir ese precio, adquiriendo, en cambio, en uno y otro caso, un derecho real sobre la cosa vendida, todo lo cual es impropio de la venta. Por otra parte, aunque pueda notarse cierta analogía entre la dación ó censo enfitéutico y el arrendamiento, salta á la vista la diferencia enorme que media entre los derechos del dueño útil y los del arrendatario, como que al fin aquél es un dueño que ejerce su derecho en nombre propio, y éste es sólo un poseedor en nombre ajeno y por tiempo limitado; éste tiene que devolver la cosa arrendada porque no es suya, y aquél la conserva y transmite, porque, aunque con limitaciones, le pertenece en realidad.

Son formas diversas, más ó menos análogas al censo enfitéutico, los foros de Galicia, el censo por derecho de superficie,

los establecimientos á primeras cepas, el treudo de Aragón, los trebudos de Navarra, el revesafats de Cataluña, etc., de los que brevemente nos ocuparemos en otro lugar.

2.º *Censo reservativo.*—La noción del censo reservativo aparece más clara. Como se transmite la propiedad plena del inmueble, no hay que inventar un dominio especial para el transmitente. Al ceder adquiere sobre la finca sólo un derecho real, que consiste en exigir el pago de una pensión hasta tanto que se le devuelva el capital, ó sea el valor de lo que transmitió. Entiéndase así desde luego, aunque el art. 1607 no lo exprese, pues así resulta de la combinación de este artículo con el 1608. El censualista tiene siempre derecho á su capital, si bien hasta el día de la redención ó devolución en metálico de ese capital sólo puede exigir el pago de la renta, canon ó pensión.

Los censos irredimibles son los que en realidad se avenían mejor con la naturaleza del derecho; la perpetuidad, digámoslo así, en el pago de la pensión, dada la razón de su modicidad, y explicaba la frecuencia del contrato y la conveniencia para el propietario. Redimibles hoy todos los censos, han perdido uno de sus más propios caracteres; pero el censualista sólo pierde su derecho á la pensión mediante la devolución de su capital.

3.º *Censo consignativo*—El art. 1606 nos da una idea del censo consignativo, que es, sin duda, la más exacta y la que correspondió á esta especie del censo en su origen, pero que hoy apenas si tiene realidad práctica. En efecto; en el censo consignativo se entrega una cantidad en dinero al propietario de un inmueble, y éste responde del pago de la pensión hasta el día de la devolución del capital.

Dudábase antes de la vigencia del Código si el capital del censo consignativo había de consistir precisamente en dinero, pues aunque así lo exigía la Bula de Martino V y la Constitución de Pío V, y las leyes relativas al censo vitalicio que se aplicaban por analogía, y esa era la opinión más admitida en la práctica, la libertad que se otorgó por la Real cédula de 3 de Agosto de 1818 para constituir censos con los pactos y condiciones que

á los interesados conviniesen, parecía que había modificado profundamente ese estado de derecho.

Hoy el capital del censo consignativo ha de consistir precisamente en metálico, con arreglo al art. 1606, y debe constar entregado al censatario, pues sin la entrega no se concibe que quede el censo constituído ni pueda exigirse la pensión. Ahora bien: no será preciso que la entrega conste de presente, puesto que no lo exige la ley, pudiendo confesarse que se recibió con anterioridad.

El Código se refiere al censo consignativo, propiamente dicho. En ciertos casos se constituirá una pensión en testamento, ó se asignará una renta como dote, ó se gravará una finca al practicar particiones de herencia, con cierto canon á favor de otro heredero para igualar á los partícipes. Propiamente, no se trata de ordinario en tales casos de censos consignativos, porque no se ajustan al concepto del Código, tal vez por referirse éste al censo como contrato; pero aunque se les dé ese nombre y se les atribuyan los efectos propios de esos censos, séanlo ó no en realidad, la entrega ó mediación de capital en dinero ha de darse entonces por supuesta. El testador dispone de lo suyo y á la persona gravada deja el capital correspondiente á la pensión. El dotante se reserva ese capital que debía dar en dote, y paga en equivalencia la renta, y el coheredero que abona el canon es porque lleva de más en su hijuela el capital que representa ese gravamen.

El censo consignativo, como los demás, ha de recaer precisamente sobre bienes inmuebles, que aquí han de ser propios del censatario.

No hay verdadera analogía entre el censo consignativo y la venta, ó la servidumbre, como por alguien se ha pretendido; pero sí existe bastante parecido entre el censo y el préstamo con hipoteca, aunque en esencia se trata de dos derechos distintos.

En efecto; en toda su pureza, el censo consignativo, propio de una época en que había sobra de capitales importados de América, consistía sólo en la entrega de un capital en metálico,

con derecho en el censualista ó prestamista, si así se quiere, de exigir en compensación sólo el pago por tiempo indefinido de las pensiones, quedando afecta una finca á este pago. Es claro que no pudiendo el censualista exigir la devolución del capital, ni, por tanto, instar judicialmente para ello la venta de la finca, no existe ni verdadero mutuo, en el sentido propio de esta palabra, ni mucho menos verdadera hipoteca.

Pero declarados redimibles todos los censos, el censatario puede librarse del pago de la pensión, devolviendo al censualista su capital. Siempre, sin embargo, resulta que en el censo consignativo, el prestamista ó censualista no tiene derecho á exigir la devolución. La redención es facultad exclusiva del censatario, y esto unido á las menores ventajas que al prestamista reporta este derecho, comparado con el de préstamo con hipoteca, explica suficientemente la escasa frecuencia actual de tales censos.

En cambio, no es raro, como hemos dicho antes, que sin entrega ostensible de capital, se constituya por actos de últimas voluntad, ó por donación, una pensión en favor de determinadas personas, asegurando su pago con una finca ó varias, y este acto, aunque no comprendido en el art. 1606, envuelve en su esencia un verdadero censo consignativo, de relativa frecuencia en la práctica. La disposición del art. 1606, no permite, sin embargo, considerar esas pensiones, que pueden ser vitalicias ó perpetuas (art. 788), como censos consignativos. Aparte lo relativo á la entrega del capital en dinero por el censualista, les falta de ordinario para ello lo que en otros tiempos era en esos censos esencial: el carácter de ser irredimibles, y aun en sentido opuesto, y con relación á la época actual, la facultad de exigir la redención, pues es lo frecuente que la pensión se extinga algún día, sin necesidad de reembolsar su capital, y que no pueda el deudor librarse del pago sólo por su voluntad.

Las cargas perpetuas de aniversarios, misas, capellanías, sufragios, limosnas y demás de su especie, no pasan de ser,

como dice Gil, censos consignativos si á esta expresión se da toda la conveniente latitud. Pero se rigen por disposiciones especiales cuyo examen no nos incumbe en este lugar.

Según declara la Resolución de la Dirección de los Registros, de 30 de Abril de 1907, la obligación de pagar periódicamente determinada cantidad á una comunidad religiosa, aunque se asegure con hipoteca, no tiene los caracteres asignados á los censos en el Código civil.

Códigos extranjeros.—Concuerdan en el fondo con los artículos 1605, 1606 y 1607, los artículos 1653, 1644 y 1706 del Código de *Portugal*. El art. 1645, con relación al censo consignativo, añade que su naturaleza exige la cesión perpetua del capital, si bien la obligación de pagar el interés puede ser perpetua ó temporal.

El art. 1707 prohibe para lo sucesivo el censo reservativo.

El Código de *Méjico* define el censo en general en el art. 3206, el censo enfitéutico en el 3208 y el consignativo en el 3207. Respecto al reservativo, dice en el art. 3212: «Si uno diere á otro el pleno dominio de un inmueble, reservándose sólo una pensión, el contrato se considerará como venta á plazo, que no podrá pasar de diez años, y se regirá por las disposiciones del título de compraventa.»

El Código de *Italia*, artículos 1778 al 1782, expone la doctrina siguiente: «Puede estipularse una renta anual por la cesión de un inmueble, ó por la entrega de un capital, que el cedente se obliga á no reclamar. La renta es perpetua ó vitalicia. La constituída á cambio de la cesión de inmuebles se llama renta predial, y transfiere el pleno dominio. La hecha por la entrega de un capital se llama renta simple ó censo, y debe asegurarse con hipoteca de un predio.

El art. 1556 define la enfiteusis como un contrato por el cual se concede á perpetuidad ó temporalmente un predio, con la obligación de mejorarlo y pagar una prestación anual.

El Código de *Francia* sólo se ocupa de la renta simple ó censo consignativo. El art. 530 dice que toda renta establecida á per-

petuidad por el precio de la venta de un inmueble, es esencialmente redimible.

El Código de *Venezuela* sigue la doctrina del de *Italia*.

Los Códigos de *Chile*, art. 2022, y *Uruguay*, art. 1817, definen en general el censo; pero se refieren evidentemente al censo consignativo.

El Código de *Guatemala* no admite ninguna clase de censo.

ARTÍCULO 1608

Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital ó de la cosa inmueble sea perpetua ó por tiempo indefinido; sin embargo, el censatario podrá redimir el censo á su voluntad aunque se pacte lo contrario; siendo esta disposición aplicable á los censos que hoy existen.

Puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censualista ó de una persona determinada, ó que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfitéutico.

ARTÍCULO 1609

Para llevar á efecto la redención, el censatario deberá avisarlo al censualista con un año de antelación, ó anticiparle el pago de una pensión anual.

ARTÍCULO 1610

Los censos no pueden redimirse parcialmente sino en virtud de pacto expreso.

Tampoco podrán redimirse contra la voluntad del censualista, sin estar al corriente el pago de las pensiones.

ARTÍCULO 1611

Para la redención de los censos constituídos antes de la promulgación de este Código, si no fuere cono-

cido el capital, se regulará éste por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100.

Si la pensión se paga en frutos, se estimarán éstos, para determinar el capital, por el precio medio que hubiesen tenido en el último quinquenio.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable á los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial.

ARTÍCULO 1612

Los gastos que se ocasionen para la redención y liberación del censo serán de cuenta del censatario, salvo los que se causen por oposición temeraria, á juicio de los Tribunales.

I.—*Ideas generales y precedentes.*—El Código se ocupa en estos artículos de la redención con relación á toda clase de censos, no precisamente como medio de extinción, empezando por el fin, sino más bien como condición esencial modificativa, que completa la noción de los censos tal como hoy existen y deben subsistir en el porvenir.

La cuestión de la redención en los censos, es de capital interés. Como dice en su primera parte el art. 1608, es de la naturaleza del censo que la cesión del capital ó de la cosa inmueble sea perpetua ó por tiempo indefinido, y que perpetuamente ó por tiempo indefinido pague el censatario la pensión.

Los censos se clasificaban por su duración en temporales y perpetuos, y éstos en redimibles ó al quitar, ó irredimibles ó muertos.

En los perpetuos ó irredimibles, los más propios del modo de ser de esta institución, se cedía para siempre el capital (metálico ó fincas), y por siempre debía abonarse la pensión. Sean las que fueren las ventajas que al censualista y sus sucesores repor-

tase para el porvenir esta forma de constitución, y las que de presente ó de momento tuviese para el censatario, es lo cierto que á la propiedad no podía convenir este gravamen perpetuo, esta traba eterna. Además, su persistencia exigía un reconocimiento del censo de tiempo en tiempo, y no impedía que al fin existiese la carga, sin conocerse muchas veces la persona en quien el derecho residía, y sin poder precisarse en otras cuáles eran ó en dónde se encontraban los bienes afectos.

El resultado tenía que ser así irremediablemente. Es vano empeño en el hombre fundar nada perpetuo en un mundo en que es todo temporal ó transitorio. El derecho al censo pertenece al censualista, y después á los que son sus sucesores por título universal ó singular; pero las familias se extinguen, no hay siempre testamento que designe ó justifique el derecho del sucesor, y los hechos y las circunstancias separan las personas, y al fin, forzosamente llega un día en que el censatario no conoce al censualista, ó ignora hasta su existencia y la del gravamen, y el censualista á su vez, ó no sabe que tiene él derecho, ó le es dificilísimo poderlo legalmente hacer valer.

En sentido opuesto la obligación afecta al propietario del inmueble gravado, y aparte todas las circunstancias expuestas, vienen las transmisiones de las fincas, su división por herencia, sus transformaciones de cultivo, cambio de linderos, enajenaciones parciales, aun á espaldas del censualista, etc., llegando también forzosamente un día en que nadie puede ya determinar qué bienes se gravaron, ni quién debe cobrar ni quién pagar, ni cómo hacer cesar una carga que existe de nombre, una sombra eterna que perjudica, que estorba á la circulación de la riqueza, pero que no se encuentra medio de borrar.

Tal estado de cosas era imposible, y de aquí, como uno de los más esenciales remedios, la necesidad de la redención, que se dejó sentir con mucha anterioridad á la vigencia del Código y que motivó muchas disposiciones, cuyo examen detallado no nos corresponde, porque habría de ser tan extenso como inútil.

Por decreto de 6 de Noviembre de 1799, y para disminuir

la circulación de los Vales con utilidad del Estado que los emitía, y de los vasallos, se permitió la redención con esos Vales de los censos perpetuos y al quitar. Dictóse al efecto en 17 de Abril de 1801 un reglamento especial que fué después modificado por otro, en virtud de Cédula del Consejo de 17 de Enero de 1805. (Ley 24, título 15, libro 10 de la Novísima Recopilación.)

Estas disposiciones fueron derogadas por Real Cédula de 3 de Agosto de 1818, que expresamente permitió de nuevo para lo sucesivo la constitución de censos irredimibles; mas fueron de nuevo puestas en vigor por la ley de Señoríos de 3 de Mayo de 1823, restablecida en 2 de Febrero de 1837.

Desde entonces cesó la distinción entre censos perpetuos redimibles ó irredimibles. En todos era un derecho del censatario la redención.

La ley de 20 de Agosto de 1873, con la pequeña modificación que en ella introdujo la de 16 de Septiembre del mismo año, preceptuaba en su art. 1.º: «Se declaran redimibles todas las pensiones y rentas que afectan á la propiedad inmueble, conocidas con los nombres de foros, subforos, censos frumentarios ó rentas en saco, derechuras, *rabassa morta*, y cualesquiera otras de la misma naturaleza». La medida, como se ve, no podía ser más radical.

Los demás artículos determinaban la manera de llevar á efecto la redención, abolían el laudemio, prohibían los subforos y dictaban otras disposiciones.

Estas leyes quedaron en suspenso por el decreto de la República de 20 de Febrero de 1874, precedido de una notable exposición de motivos, á la que nos hemos referido y nos referiremos en alguna ocasión.

Como hasta la promulgación del Código no sabemos que se dictasen otras disposiciones sobre la materia, resulta que al suspenderse las leyes de 20 de Agosto y 16 de Septiembre de 1873, quedaron de nuevo vigentes la de Señoríos de 1823, restablecida en 1837, y la cédula del Consejo de 17 de Enero de 1805, tanto en Castilla como en el resto de España.

Según el art. 9.º de la ley de Señoríos, «así los laudemios como las pensiones y cualesquiera otras prestaciones anuales de dinero ó frutos que deban subsistir en los enfiteusis, sean de señorío ó alodiales, se podrán redimir como cualesquiera censos perpetuos, bajo las reglas prescritas en los artículos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 12 de la Real cédula de 17 de de Enero de 1805 (ley 24, tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación); pero con la circunstancia de que la redención se podrá ejecutar por terceras partes, á voluntad del enfiteuta, y que se ha de hacer en dinero ó como concierten entre sí los interesados, entregándose al dueño el capital redimido ó dejándolo á su libre disposición».

Los artículos que se citan de la Real cédula de 17 de Enero de 1805, disponían lo siguiente:

Capítulo 4.º «Las redenciones de los censos al quitar, perpetuos, y demás cargas en que su dueño no tenga más derecho que á percibir el tributo ó pensión en los plazos estipulados, se harán por el capital que resulte de las escrituras de imposición.»

Capítulo 5.º «Quando en estas no se expresare, con arreglo á la práctica que rija en cada pueblo por ley, estatuto, ordenanza ó costumbre generalmente recibida, procediéndose, en el caso de no haberla en el pueblo, por la que gobernare en la cabeza de partido, y en su defecto, por la de la capital de la provincia ó reyno.»

Capítulo 6.º «En las redenciones de los censos enfitéuticos en que el poseedor de la finca sólo tenga el dominio útil, correspondiendo el directo al dueño de la carga, se tendrá presente, en primer lugar, si los poseedores de ambos dominios hubiesen estipulado la estimación que deba darse al capital del canon y al de los demás derechos dominicales conocidos en las provincias con los respectivos nombres de licencia, fadiga, tanteo, laudemio, luismo, comiso ó cualquiera otro, ó convenido entre sí las reglas por las cuales deba procederse á la estimación referida, y en tal caso se observaran puntualmente estos convenios.»

Capítulo 7.° «Si no hubiera tales pactos, se formarán los capitales por el valor que en cada pueblo, partido ó provincia se dé por la misma ley, estatuto ó práctica al canon enfitéutico y á los derechos expresados.»

Capítulo 8.° «Finalmente, á falta de convenios particulares y de práctica constante, se procederá á la redención, consignando por el canon un capital, regulado á razón de uno y medio por ciento, ó sesenta y seis y dos tercios al millar, y por derecho de laudemio, en que van considerados todos los dominicales, la cantidad que en el espacio de veinticinco años sea capaz de redituar al tres por ciento otra igual al importe de una cincuentena del valor de la finca, rebajadas las cargas á que esté sujeta, ó lo que es lo mismo, dos y dos tercios por ciento de su precio líquido.»

Capítulo 12. «Quando los réditos, tributos ó pensiones de las cargas que se redimieren, se pagaren ó cumplieren en granos ú otra especie que no sea dinero, se formará el capital por el valor que hayan tenido los respectivos frutos en un año común del quinquenio anterior á la redención.»

Con arreglo á los capítulos 1.° y 2.°, se declaraban sujetos á redención todos los censos, aun los perpetuos é irredimibles, pero no «los foros temporales, como los del Reyno de Galicia y Principado de Asturias».

II.—*Comentario.*—Estudiemos ahora las disposiciones del Código civil en los artículos 1608 al 1612, que todos ellos se refieren á la parte que podemos llamar fundamental en materia de redención. Otros artículos se ocupan después del modo de llevar á efecto la redención en cada clase de censo.

Distinguiremos entre los censos constituídos antes ó después de la promulgación del Código civil.

A) *Censos constituídos con posterioridad á la vigencia del Código civil.*—El art. 1608 insiste en mantener para lo sucesivo la naturaleza perpetua del censo. Esta perpetuidad se traduce, sin embargo, por la indeterminación del plazo. Se llama perpetuos porque no se define ó limita su duración. El censualista se des-

prende, pues, en principio, de su capital para siempre, ó por lo menos, sin fijar limitación alguna de tiempo para ello. A renglón seguido, el Código, sin embargo, permite al censatario redimir el censo á su voluntad, esto es, cuando quiera aunque se haya pactado lo contrario.

La regla, pues, queda destruída, la perpetuidad puede durar un año, el censo puede ser más breve que un arrendamiento. Este principio, sin atenuaciones, equivaldría á herir los censos de muerte. Los propietarios ó los capitalistas en tales condiciones no habrían de constituir nunca censos, venderían, arrendarían, prestarían con interés, ¿qué estímulo habían de tener para realizar un contrato de censo siempre para ellos más perjudicial?

Tan grave mal que llevaban consigo las leyes anteriores al Código, está salvado en éste en lo posible, con el precepto del párrafo segundo del mismo art. 1608, mejorado aun más por lo dispuesto en el 1609, cuya importancia, sin embargo, es más secundaria. Puede pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censualista, ó de una persona determinada, ó que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfitéutico.

Así se armonizan en lo posible todos los intereses. La ley no podía ir más adelante dada su sagrada misión y los principios de justicia y conveniencia pública en que debe inspirarse. Los casos deben ser duraderos, inútil es pretender hacerlos perpetuos, la propiedad no debe permanecer siempre gravada; junto al mal quizás conveniente y aun necesario de momento del gravamen, debe colocarse la esperanza de la redención, de la libertad, del bien. El propietario sabe que puede redimir, su estímulo crece, su poderío se acrecienta, gana la propiedad y gana el cultivo, devolviéndose al censualista lo que entregó, lo que era suyo, el capital íntegro de que se desprendió.

Al mismo tiempo, para no dejar expuesto al censualista á desprenderse de un capital en fincas ó dinero, dejándole sólo

una pasajera y módica ganancia, y quitando todo estímulo para la constitución de censos, se permite, como es de justicia, poner un límite al derecho de redención, marcar un plazo dentro del cual no pueda verificarse, plazo no tan breve que haga irrisoria la concesión é inútil el remedio, ni tan largo que lleve consigo todos los males que se tratan de evitar, la casi perpetuidad del gravamen, la confusión en los derechos, la indeterminación en los gravámenes, la depreciación de la riqueza y la disminución del crédito territorial.

Los censos, á voluntad de los interesados, pueden ser de duración limitada ó ilimitada, llamándose á aquéllos temporales y á éstos perpetuos, aunque realmente nunca exista la perpetuidad. Todos son hoy redimibles. Inútil es pactar lo contrario; á pesar del pacto, el mismo censatario que contrató, ú otro posterior, pueden exigir la redención: es una regla de interés público que la voluntad particular no puede derogar. A su vez los censos temporales ó de marcada duración semejan una venta á pagar el precio á plazo, ó un préstamo.

El censo propiamente dicho, el censo conforme á su propia naturaleza, es, pues, el censo cuya duración no tiene un límite de antemano conocido.

A. cede á B. una finca á censo enfitéutico ó reservativo, ó le entrega á censo un capital. B. se obliga á pagar anualmente por tiempo ilimitado una pensión: esto es todo. B. puede redimir el censo, ¿cuándo? Cuando quiera, si no se le puso limitación alguna; cuando quiera también, pero á partir desde que termine el plazo estipulado para la no redención, si se marcó algún plazo, plazo cuyo máximum es, según queda dicho, sesenta años en el censo enfitéutico ó reservativo y veinte años en el consignativo. Marcado este plazo, el censatario, dentro de su máximum, no puede redimir el censo hasta que transcurra, y una vez transcurrido, no tiene obligación de hacerlo: el censo sigue su ilimitada duración.

Los censos temporales no pueden durar más que los perpetuos. Admitidos éstos, la ley no se ocupa de aquéllos, ni limita

por tanto, el plazo para su constitución; pero es evidente que á los veinte ó sesenta años, si se les señalase mayor plazo, podrían redimirse á voluntad del censatario. Admitir otra cosa sería un absurdo.

La redencion es siempre un derecho del censatario, nunca puede exigirla el censualista; pero para que aquél pueda realizarla es necesario:

1.º Que haya transcurrido en su caso el plazo que se estipuló para la no redención.

2.º Que el censatario se halle al corriente en el pago de las pensiones.

3.º Que la redención sea total.

4.º Que se avise al censualista con un año de anticipación, ó se le adelante el pago de una pensión anual.

No cumpliéndose estos requisitos ó alguno de ellos, el censualista puede oponerse á que se lleve á efecto la redención.

Del primer requisito nos hemos ocupado anteriormente.

El segundo, debe considerarse cumplido cuando el censatario abone las pensiones atrasadas que pudiera deber, y le sean legalmente exigibles, porque al pagarlas se pone al corriente de ellas.

El tercer requisito responde al principio de la indivisibilidad del censo, de que nos ocuparemos al comentar el art. 1618 y el 1619. El censo es uno, no puede dividirse en fracciones, no se puede redimir por partes. Al efecto, debe entenderse cuando sean varias las fincas gravadas, que cada finca representa un censo, como veremos en su lugar.

Por último, el requisito cuarto se funda en la conveniencia para el censualista de conocer anticipadamente la redención para que tenga tiempo de buscar nueva colocación al capital que debe recibir y no sufra perjuicio alguno. Por lo mismo, como el beneficio del censualista dentro del año consiste en el cobro de la pensión, la ley autoriza al censatario para la redención inmediata, anticipando el pago de la pensión anual que en ese año de espera habría de pertenecer al censualista, derecho que

á éste no perjudica, y que puede ser muy conveniente al censatario.

Mediando ese anticipo, la antelación del aviso puede ser de un día, y se traduce, no en un requisito legal necesario, sino en la necesidad de ponerse de acuerdo los interesados, y de que el censualista conozca que se va á llevar á efecto la redención.

No mediando el anticipo de la pensión, el aviso es un requisito indispensable. La ley no determina la forma en que se debe practicar. Basta, por tanto, en cualquier forma, pero está en interés del censatario realizarlo de modo que pueda siempre acreditarse su verdad. El acta notarial será siempre lo más eficaz cuando puedan temerse cuestiones: pero basta el aviso ante testigos consignado ó no por escrito, y hasta una simple carta contestada de acuerdo por el censualista.

Tales son los requisitos legales que en general se exigen para poder obligar al censualista á redimir. Claro es que, la voluntad de los interesados puede modificar el rigor del precepto. El censualista puede conformarse con que se redima aun antes de espirar el plazo que para no efectuarlo se estipuló, ó aceptar la redención por partes, ó perdonar las pensiones atrasadas, ó renunciar al año que en su beneficio se concede.

Más aun que esto: la ley no se opone á que al constituirse el censo, se pacte de antemano la posibilidad de la redención parcial, ó se limite el plazo para el aviso ó se renuncie á él, puesto que no se trata de preceptos de interés general, sino de disposiciones en obsequio del censualista á quien se impone la redención.

Perteneciendo la finca acensuada á varios partícipes, á quienes al transmitirse el censo se facultó para que cualquiera de ellos pudiese pedir la redención total, no puede oponerse el censualista, ni por pedirla uno por todos, ni fundándose en retracto, ni en prescripción. (Sentencia de 27 de Octubre de 1909).

Si mediando todos los requisitos legales, el censualista se negase á redimir, el censatario puede hacer uso de los derechos de oferta y consignación, cumpliendo lo prevenido sobre esta ma-

teria en el Código, sin necesidad de promover desde luego para obligar al censualista al cobro, un juicio declarativo.

Termina el Código la materia de la redención con una disposición justa. Puesto que la redención es un beneficio para el censatario, todos los gastos que ocasione son de su cuenta. Sean los que fueren, en cuanto se relacionen directamente con la redención, el censualista queda libre.

Ahora bien: si el censualista se opone á la redención, y los Tribunales resuelven que su oposición fué temeraria, los gastos ocasionados por esta oposición, son de su cargo. Temeraria la oposición, los Tribunales condenarán en las costas al censualista. Fundada la oposición no habrá redención; pero si, aun no siendo temeraria, los Tribunales la desestiman como infundada, y no se hace expresa condenación de gastos, ¿deberá pagar el censatario las del censualista? Creemos que en esta parte ha de respetarse la decisión de los Tribunales. La ley, en el art. 1612, no se refiere á los gastos del juicio, sino á los de la redención.

Cuando los gastos, aunque relacionados con la redención, no se refieran precisamente á ella, no entran en la regla del artículo 1612, y serán pagados por quien según los casos corresponda. La liberación de la finca, por ejemplo, exige personalidad y capacidad para ello en el censualista. Si para otorgar la escritura de redención, se exige, por ejemplo, que dicho censualista acredite su cualidad de heredero, ó se le provea de consejo de familia, los gastos necesarios para obtener la declaración de tal heredero, pago del impuesto de derechos reales é inscripción á su nombre del derecho, ó los que origine la constitución de dicho consejo, son realmente extraños á la redención, pues aun sin ésta, debieron llevarse á cabo con cargo al censualista, hasta para poder exigir legalmente el pago de las pensiones. El censualista no puede exigir, fundándose en el art. 1612, que esos gastos ú otros análogos se paguen por el censatario.

Los foros constituídos por tiempo indefinido, á partir desde

la promulgación del Código, siguen en todo las reglas establecidas para el censo enfitéutico. Le son, pues, aplicables las reglas expuestas, tomadas de los artículos 1608, 1609, 1610 y 1612.

B) *Censos constituídos con anterioridad á la vigencia del Código civil.*—Distingue el Código en el art. 1611 entre los censos enfitéuticos, reservativos ó consignativos propiamente dichos, y los foros, subforos, derechos de superficie y demás gravámenes de naturaleza análoga.

Sobre éstos últimos no legisla el Código. La importancia y transcendencia de la cuestión que entraña su redención, hace que el legislador la haya dejado íntegra para que se resuelva por una ley especial, ley que aun no ha sido publicada. Respétase en esto la base 26, que en su parte final dice: «Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie, y cualesquiera otros gravámenes semejantes constituídos sobre la propiedad inmueble.» Insistiremos sobre esta cuestión al ocuparnos de los foros en el comentario del art. 1655.

En cuanto á los censos consignativos, reservativos ó enfitéuticos propiamente dichos, existentes ya á la publicación del Código civil, rige en absoluto el precepto del art. 1608: el censatario tiene el derecho de redención aunque se hubiese pactado lo contrario; así lo establece terminantemente dicho artículo en la última parte de su párrafo primero.

Este precepto del Código no puede ser objeto de censura. Es cierto que el respeto debido á la voluntad de los contratantes, y el principio justo y eterno de la no retroactividad de la ley, no parecen consentir solución tan radical. Pero no puede menos de tenerse presente que el principio de la redención fué ya establecido con mucha anterioridad al Código, sin que éste haga otra cosa que repetirlo y persistir en ese criterio, que tal vez no sea en principio el más justo; pero que es sin duda el más conveniente. La ley debe preocuparse más del interés público que de los intereses particulares. Cuando aquél lo exige, puede y debe

proceder la expropiación forzosa de fincas ó de derechos. Lo que puede perder el individuo al imponerse la redención de los censos, lo gana la propiedad. Ni podía persistir el absurdo empeño de una soñada perpetuidad, desmentida siempre por los hechos.

Los censos que se constituyeron como irredimibles, pueden, pues, redimirse á voluntad del censatario. ¿Cuándo? Desde luego, desde el momento de la promulgación del Código. No hay que esperar veinte años en los censos consignativos, ni sesenta en los censos enfitéuticos y reservativos, porque la ley no pone límite alguno á la facultad de redimir, á no ser que se hubiese estipulado ese plazo para la no redención, lo que no es verosímil dada la legislación anterior, ó que se conviniese otra cosa por ambas partes. Vigente el Código, el censualista no puede exigir espera ni imponer esa estipulación.

Son aplicables á los censos constituídos antes de regir el Código, los preceptos de los arts. 1609, 1610 y 1612. Por su propia naturaleza no puede prescindir el censatario de su cumplimiento, que si respeto merecen los derechos del censualista en los censos constituídos después de la promulgación del Código civil, tan respetables ó más, según los casos, son los derechos de los censualistas en los censos constituídos con anterioridad.

El art. 1611, en sus párrafos primero y segundo, establece para estos censos un precepto especial en materia de redención. Esta se efectúa, desde luego, entregando al censualista su capital. Cuando éste es conocido, no hay dificultad. Cuando no se conozca, caso que es bastante frecuente, se capitaliza la pensión al 3 por 100 (30 de pensión ánua, 1.000 de capital). Y si se pagaba en frutos deben estimarse éstos por el precio medio que hubiesen tenido en el último quinquenio, capitalizándose después ese precio medio que resulta ser la pensión, al 3 por 100.

El tipo es único para todos los censos, sean enfitéuticos, reservativos ó consignativos, lo cual si tiene la ventaja de la sencillez y la uniformidad, puede no parecer justo por darse el mismo valor al dominio directo que se reserva el censualista en el

censo enfitéutico, que al simple derecho á la pensión existente en los censos reservativo y consignativo.

Las leyes anteriores al Código fijaban diversos tipos. En los censos al quitar, la capitalización se hacía al 3 por 100, con arreglo á lo dispuesto en las leyes 8.ª y 9.ª del tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación. En los censos irredimibles, la opinión más admitida era la de la capitalización de la pensión al uno y medio por ciento. La ley 24 del mismo título y libro, con relación á los censos enfitéuticos fijaban como reglas las que quedaron expuestas en los precedentes (cap. 8.º de la Real cédula de 17 de Enero de 1805).

La ley de 20 de Agosto de 1873, que ya sabemos quedó sin vigor, cambió de criterio, y en su art. 7.º disponía lo siguiente: «Las cargas redimibles cuyo capital no fuere conocido, se redimirán con sujeción á las siguientes reglas: Primera. Las cargas de renta anual de 25 pesetas ó menos, se redimirán al contado y al tipo de un 4 por 100. Segunda. Aquellas cuya renta excediere de 25 pesetas, podrán redimirse, bien al contado, al tipo de un 6 por 100, bien durante cinco años en cinco plazos iguales, á razón de 100 de capital por 5 de renta.

El art. 1611 es aplicable á todas las especies de censos, pero bajo la base de ser irredimibles en su origen ó con arreglo á su constitución. Los censos redimibles no necesitan, en principio, la intervención del legislador; no cabe conceder al censatario un derecho á redimir que ya le correspondía con arreglo al contrato ó á las bases de su constitución Los censos redimibles se redimen en el tiempo, modo, tipo y forma que se hubiere convenido. Ahora bien; si el plazo fijado para la redención era mayor de sesenta ó veinte años, según la clase del censo, ó no es conocido ya el capital, ¿cuándo y cómo se practicará la redención?

Creemos que al transcurrir veinte años desde la promulgación del Código en los censos consignativos, ó sesenta en los enfitéuticos y reservativos, si antes no ha expirado el plazo que se fijó por las partes, tendrá el censatario derecho á exigir la re

dención. Creemos también que al no conocerse el capital, la capitalización debe hacerse al tipo legal que es hoy el 3 por 100.

¿Cuándo se entenderá que no es el capital conocido, tanto en este caso como en el de la regla general del art. 1611? El capital es conocido cuando resulta de la escritura de imposición ó constitución del censo, ó de la de reconocimiento del mismo, ó de su inscripción ó toma de razón en el Registro de la propiedad, ó en defecto de estos datos indubitados, de otra escritura de transmisión del censo, si bien en este último caso, como en el de transmisión de la finca con expresión del gravamen, la parte que no intervino en el acto y se considere perjudicada, podrá contradecir ese dato, y los Tribunales, en su caso, resolverán lo que estimen procedente. Existiendo por costumbre en una localidad un tipo determinado para la pensión, debe también entenderse conocido, á falta de datos más ciertos, su capital.

La sentencia de 27 de Octubre de 1909 declara que, cedido el dominio directo, con la conformidad de los dueños útiles, y con la condición de que cualquiera de éstos podría redimir el censo en cualquier tiempo, no pueden los censualistas oponerse á la redención pretendida por uno de los partícipes en nombre de todos, ni fundándose en el derecho de retracto, ni en prescripción.

La orden de 18 de Febrero de 1909, dictada por la Dirección general de Administración, estimula á las juntas provinciales de beneficencia, para el reconocimiento y redención de los censos comprendidos en las fundaciones benéficas de carácter particular, ateniéndose al cumplimiento de los arts. 1616, 1647, 1608 y 1611 del Código civil.

Hemos sostenido, al comentar el art. 1611, que al hablar en su primer párrafo de *censos* en general se refiere lo mismo á los censos consignativo y reservativo, que al enfitéutico, y por lo tanto, que en el último párrafo no se refiere á ninguno de esos censos normales y de naturaleza perfectamente conocida, sino á gravámenes como los foros, derechos de superficie y otros análogos á unos y otros, cuya redención ofrecía desde luego difi-

cultades, y sigue siendo un problema. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1896, sienta, sin embargo, una doctrina contraria.

Con vista de los artículos 1608, 1604, 1611 y 1651, hace dicha sentencia las siguientes afirmaciones:

1.ª El Código civil es aplicable en materia de censos á Cataluña, como lo era la legislación anterior general. No modifica desde luego aquellos preceptos exclusivamente forales ó de carácter particular, que el art. 12 considera subsistente en las regiones que conservan sus fueros, pero si las leyes de carácter general, como las de Señoríos, las de la Novísima, etc., que regían en Cataluña como en el resto de España.

2.ª El art. 1611 del Código, al hablar en su último párrafo de foros y gravámenes *de naturaleza análoga*, se refiere también al censo enfitéutico que, por lo mismo, no está comprendido en los párrafos 1.º y 2.º, que regulan la redención de los censos antiguos, capitalizando la pensión al 3 por 100.

3.ª No publicada aun la ley especial anunciada, no existe regla alguna para redimir los censos enfitéuticos antiguos, ni cabe la redención sin consentimiento del censualista.

4.ª El art. 1651 no se opone á la doctrina establecida, porque sólo se refiere á los censos enfitéuticos constituídos después de regir el Código civil.

Conformes desde luego con las declaraciones primera y cuarta, no nos satisfacen las otras dos, que equivalen á extender á toda España la anómala situación que en Galicia, Asturias y León ha creado la existencia de los foros temporales y renovables. El art. 1604 define los censos en general, y en su definición se comprenden los enfitéuticos; no se pretende, en cambio, definir los foros. El art. 1608 se refiere á todos los censos, como lo prueba la generalidad de su expresión y la cita expresa del enfitéutico en su segunda parte. Cuando ese artículo y el 1611 hablan en sus primeros párrafos de censo en general, lógicamente se refieren á todos los definidos, á todos aquellos de que el Código se ocupa: cuando en su párrafo tercero el art. 1611 no

habla del censo enfitéutico, que debía ser el expresamente nombrado en primer término, si se le hubiera querido comprender en la excepción, lógicamente también hay que deducir que ese párrafo no se refiere á él. Tal es, al menos, nuestra opinión, basada en la letra y en el espíritu de los preceptos del Código y en los precedentes legales de la materia.

Cabe que algunos derechos constituídos, como censos enfitéuticos, por sus condiciones especiales, deban asimilarse á los foros; pero no que censos enfitéuticos perpetuos á irredimibles, cuya naturaleza conste de un modo evidente, escapen al precepto de los arts. 1608 y primero y segundo párrafo del 1611, que, aunque en el fondo, se consideren los foros de naturaleza análoga á los censos enfitéuticos, algo de especial y anómalo existe en ellos que les ha hecho siempre objeto de disposiciones especiales, y que ha ocasionado en Galicia, Asturias y León cuestiones y conflictos que no se han suscitado en el resto de España, ni conviene que se susciten alentados los dueños directos por una equivocada jurisprudencia que niega al enfiteuta el derecho de redención.

C) *Existencia de gravámenes sobre el censo que se redime.*—Es doctrina también general en materia de redención de censos la que se refiere al caso de existir gravámenes sobre el censo que se trata de redimir.

Cuando los gravámenes, impuestos por el censatario, afectan á la finca gravada con el censo, no hay cuestión. Las fincas, con el censo ó sin él, continúan con las hipotecas, servidumbres, etcétera, que les hubiese impuesto el censatario, y hasta en su caso, al quedar más libres ofrecen mayor garantía.

Pero cuando el censualista ha gravado su derecho de censo con otro censo ó con una hipoteca, el nuevo censualista ó el acreedor hipotecario pueden sufrir un grave perjuicio al verificarse la redención, porque extinguido el censo primero desaparece toda su garantía. A este supuesto responde el art. 149 de la ley Hipotecaria.

Según este artículo, «cuando se redima un censo gravado con

hipoteca, tendrá derecho el acreedor hipotecario á que el redimente, á su elección, le pague su crédito por completo con los intereses vencidos y por vencer, ó le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo».

Puede, y parece racional, que se aplique la misma doctrina cuando el censo se hubiese gravado con otro censo y no con hipoteca.

Resulta del art. 149, que la carga afecta al derecho del censualista, y sin embargo, se hace recaer sobre el censatario, obligándole á pagar la hipoteca (ó el censo) ó á gravar la finca. La ley parte evidentemente de un supuesto, que no estaría de más que se consignase en ella de un modo expreso; la ley supone que el censatario tiene conocimiento del gravamen que afecta al censo; de otro modo su precepto sería tan anómalo como injusto. El censatario conoce, pues, el gravamen, y como el valor real del censo está representado por el capital que ha de entregarse al redimir, la ley quiere que de ese capital se deduzca el importe del crédito hipotecario con sus intereses, dando sólo el resto, si lo hubiere, al censualista y entregando aquel importe al acreedor ó cargándolo sobre la finca. De este modo nadie sufre perjuicio.

Pero si el censatario ignora la existencia del gravamen que afecta al censo, y redime de buena fe, el acreedor hipotecario sufre ó puede sufrir un perjuicio irreparable. En este caso debe distinguirse. Si la hipoteca estaba inscrita en el Registro de la propiedad, el censatario puede y debe conocerla; la ley supone que la conoce, y el art. 149 de la ley Hipotecaria es aplicable. Si la hipoteca no estaba inscrita, ni de ella se dió conocimiento al censatario, éste obra como debe al entregar el capital al censualista; el art. 149 no puede ser aplicable, y el acreedor debe sufrir el perjuicio que pueda resultarle por su abandono, por la no publicidad de su derecho, debiendo sólo reclamar contra el censualista.

Para hacer más justo el precepto del art. 149 de la ley Hipotecaria, debiera exigirse en los actos de transmisión ó grava-

men del censo, lo dispuesto en los arts. 153 y siguientes de la misma ley, hoy 150 y siguientes, para la cesión ó enajenación de los créditos hipotecarios.

Códigos extranjeros.—En *Italia*, la renta predial y la renta simple son esencialmente redimibles. Puede, sin embargo, pactarse la no redención durante la vida del cedente, ó durante cierto tiempo, treinta años en la renta predial ó diez en la simple, ó que haya de avisarse con cierta antelación (art. 1783).

La base para la redención en la renta predial son los intereses legales, ó el precio medio de las especies en los diez últimos años (art. 1784).

Según los arts. 1785 y 1786, es obligatoria la redención: 1.º Si no se paga la renta dos años, mediando apremio. 2.º Si no se dan las garantías prometidas. 3.º Si al faltar esas garantías no se sustituyen por otras. 4.º Si se divide el predio entre dos ó más poseedores. 5.º En caso de quiebra ó insolvencia del deudor.

El enfiteuta puede siempre redimir el predio enfitéutico (artículo 1564).

Las mismas disposiciones rigen en *Venezuela*, y con relación á la renta simple en *Francia* (arts. 1911 al 1913).

En *Portugal*, el censo enfitéutico es perpetuo sin atenuaciones, por lo que no se habla en el Código de su redención.

En cambio el censo consignativo, ya perpetuo, ya por más de veinte años, es redimible al fin de este plazo (art. 1648). Además, puede el censualista exigir la redención, si el censuario deja de pagar el interés tres años consecutivos (art. 1649).

Los censos anteriores al Código (consignativos), son redimibles: 1.º Al expirar el término, si fué menor de veinte años. 2.º A los veinte años si el plazo era mayor. 3.º Al transcurrir veinte años si se constituyeron por tiempo ilimitado. 4.º Cuando el censuario quisiere, si al publicarse el Código hubiesen transcurrido veinte ó más años desde su constitución (art. 1650).

Según el Código de *Méjico*, art. 3214 al 3216, todos los censos constituídos después de regir el Código son esencialmente

redimibles, no pudiéndose hacer redención parcial, sino en virtud de pacto expreso. Los ya existentes como irredimibles, pueden redimirse por convenio de las partes.

El Código de *Uruguay* declara en su art. 1823 el principio de la redención, pudiendo, sin embargo, convenir las partes en que no se redima dentro de cierto plazo, que no puede exceder de diez años. El 1833 prohibe la redención por partes á no pactarse lo contrario.

Se ocupan de la materia, bajo la misma base de ser los censos redimibles, los arts. 2029, 2030, 2039 y 2040 del Codigo de Chile.

ARTÍCULO 1613

La pensión ó canon de los censos se determinará por las partes al otorgar el contrato.

Podrá consistir en dinero ó frutos.

ARTÍCULO 1614

Las pensiones se pagarán en los plazos convenidos; y, á falta de convenio, si consisten en dinero, por años vencidos á contar desde la fecha del contrato; y, si en frutos, al fin de la respectiva recolección.

ARTÍCULO 1615

Si no se hubiere designado en el contrato el lugar en que hayan de pagarse las pensiones, se cumplirá esta obligación en el que radique la finca gravada con el censo, siempre que el censualista ó su apoderado tuvieren su domicilio en el término municipal del mismo pueblo. No teniéndolo, y sí el censatario, en el domicilio de éste se hará el pago.

ARTÍCULO 1616

El censualista, al tiempo de entregar el recibo de cualquier pensión, puede obligar al censatario á que le dé un resguardo en que conste haberse hecho el pago.

Precedentes y comentario.—Dada la naturaleza del censo, puede decirse que su esencia consiste en la pensión.

Los artículos 1613 al 1616 están redactados con bastante claridad.

El 1613 consagra la más completa libertad en las estipulaciones relativas á la pensión. Puede señalarse el tanto por ciento que se quiera, y consistir la pensión en metálico ó en frutos.

Inútil es ocuparse de las largas, fastidiosas y oscuras leyes de la Novísima Recopilación relativas á la tasa de la pensión. La Real cédula de 3 de Agosto de 1818 dejó á las Corporaciones eclesiásticas como seculares y á los vasallos particulares en la debida plena libertad de celebrar sus contratos censuales, y poner en ellos las cláusulas y condiciones que á bien tuviesen, y no existiendo después de esta disposición otra alguna que estableciese tasa para la estipulación, y en vista del espíritu que informó la ley de 14 de Marzo de 1856 sobre libertad en el interés, y de lo preceptuado en el art. 16 de la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro, puede afirmarse que la doctrina anterior al Código civil relativa á la determinación de la pensión, era sustancialmente la misma que en éste se establece.

Poco hay que decir respecto á los arts. 1614 y 1615 relativos al tiempo y lugar en que deben pagarse las pensiones. En primer lugar ha de atenderse á lo convenido por los interesados, y después, ó en su defecto, al precepto legal.

Puede ofrecer alguna duda lo relativo al lugar en que deben pagarse las pensiones: la ley atiende al término, pueblo ó lugar en que radica la finca gravada, y nada más. Si allí reside el

censualista ó algún apoderado suyo, allí ha de ser pagada la pensión, y si no reside allí el censualista, pero sí el censatario, allí también se ha de pagar, pues aunque la ley habla del domicilio del deudor, empieza suponiendo que lo tiene en el término municipal en que radica la finca.

Pero, ¿qué decidiremos en el caso de no residir en ese término, ni el censualista ó su apoderado ni el censatario? Si éste tiene á su vez apoderado ó administrador en el lugar de la finca, puede sostenerse el mismo criterio; pero á pesar de la manera de expresarse el artículo, tenemos por cierto que, tuviese ó no apoderado el censatario, en cuanto no se halle previsto en el artículo 1615 deben aplicarse las reglas generales sobre pago de deudas ó cumplimiento de obligaciones, exigiéndose el pago de las pensiones, en el domicilio del deudor, cuando se proceda, como es lo más natural y ordinario, por acción personal.

Bajo la base de ser siempre personal, con arreglo al artículo 1623, la acción que tiene por objeto el cobro de las pensiones de los censos, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Noviembre de 1896, que al no tener ni el censualista ni el censatario su domicilio en el lugar de la finca, debe estimarse como Juez competente el del domicilio del deudor.

Nosotros creemos que las acciones para el cobro de las pensiones pueden ser reales ó personales, y que, si bien el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, si éste no es el poseedor de la finca y se ejercita la acción real contra ella, el Juez competente será el del lugar en que sitúe el inmueble.

Explanaremos nuestra opinión en el comentario del artículo 1623.

El precepto del art. 1616 parece á primera vista inútil. Paga el censatario la pensión y él mismo ha de dar un resguardo en que conste que ha pagado. El precepto tiene, sin embargo, su razón de ser y presta gran utilidad al censualista. La base es el pago de la pensión; pagada, justo y natural es la entrega de un recibo por el censualista al censatario que acredite el pago. Pero conservando estos sucesivos recibos el censatario, puede llegar

un día en que, más que el pago, le convenga acreditar que ha poseído la finca como libre, sin pagar pensiones durante el tiempo necesario para la pérdida del derecho al censo por prescripción, quedando entonces el censualista en una situación difícil por tener él que justificar el pago de la pensión. Para evitar esta situación, la ley ordena que el censatario, una vez hecho el pago y obtenido el recibo, dé un resguardo al censualista si éste lo exige, en que conste que ha cumplido su obligación, en reconocimiento de la subsistencia del censo, y con tal resguardo quedan asegurados para el porvenir los derechos del censualista.

Véase en el comentario del art. 1618 la sentencia de 18 de Diciembre de 1909.

El derecho concedido al dueño directo en el art. 1616, es aplicable á los censos constituídos antes de regir el Código por no contradecir ningún otro adquirido por el enfiteuta con arreglo á la legislación anterior.

El art. 1616 se relaciona con el 1647, á cuyo comentario nos remitimos.

Cuando se hallan separados el usufructo y la nuda propiedad del dominio directo, el usufructuario, por sí sólo, tiene personalidad bastante para reclamar el pago de la pensión (sentencia de 21 de Julio de 1898).

Códigos extranjeros.—Portugal. En el censo consignativo, la pensión ó interés, á falta de convenio, será el 5 por 100 (artículo 1647).

En la enfiteusis se concede libertad de estipulación, siempre que la pensión sea concreta y determinada; pero si se trata de predios urbanos ó solares, la pensión ha de consistir en dinero (arts. 1656 y 1658).

Debe pagarse en el tiempo y lugar convenidos, y á falta de convenio se dictan las siguientes reglas: 1.ª, se pagará en la casa del dueño, si vive dentro de la parroquia en que sitúe el predio; 2.ª, si no reside en la parroquia ó no tiene en ella procurador, en casa del enfiteuta; 3.ª, si la pensión consiste en fru-

tos, se pagará en la recolección, y si consiste en dinero, al fin de cada año (arts. 1660 y 1661).

No existen verdaderos concordantes en los Códigos de *Francia*, *Italia* y *Venezuela*, salvo en éste el art. 1690 equivalente á nuestro 1616.

Los Códigos de *Chile* y *Uruguay*, arts. 2028 y 1822, prohiben que el canon se pague en frutos. El 2032 del primero, prescribe el pago anual de la pensión. El 1825 del segundo, concuerda con el 1616 de nuestro Código.

El Código de *Méjico* concede libertad de estipulación. A falta de convenio, el rédito es del 6 por 100; se paga por tercios vencidos, y en casa del censatario, ó en su defecto, en el domicilio del censualista (arts. 3217, 3219, 3246 y 3247). El 3248, repite para la enfiteusis el precepto del núm. 3.º del art. 1661 del Código de Portugal. Por último, el art. 3220 es igual al 1616 del nuestro.

ARTÍCULO 1617

Pueden transmitirse á título oneroso ó lucrativo las fincas gravadas con censos, y lo mismo el derecho á percibir la pensión.

El art. 1617 no contiene precepto alguno excepcional relativo á los censos, ni hace innovación alguna en nuestro derecho. Las fincas gravadas con censo pueden transmitirse por cualquier título, y pueden gravarse siempre con la carga del censo, ó con las demás que las afectasen. El derecho de censo, á su vez, también es enajenable; puede, pues, también transmitirse ó gravarse por título eneroso ó lucrativo, el derecho á percibir la pensión, que es la representación del censo, con los demás que sean inherentes al mismo.

¿Pueden transmitirse las fincas parcialmente? Caso afirmativo: ¿quedará dividido, ó podrá dividirse el censo? ¿Puede éste enajenarse en fracciones? Cuestiones son éstas que resolveremos al ocuparnos de los siguientes artículos 1618 y 1619.

El art. 1617 sienta como regla general, el principio de la transmisibilidad del censo y de la finca á él afecta. Las limitaciones de ese principio resultan de otros artículos. Véanse como ejemplo, además de los artículos 1618 y 1619, los artículos 1633 y siguientes con relación al censo enfitéutico. Véase también el artículo 1656.

No existen concordancias del art. 1617 en los Códigos que hemos examinado, sin duda por considerarse que se trata de una regla general indudable.

ARTÍCULO 1618

No pueden dividirse entre dos ó más personas las fincas gravadas con censo sin el consentimiento expreso del censualista, aunque se adquieran á título de herencia.

Cuando el censualista permita la división, se designará con su consentimiento la parte del censo con que quedará gravada cada porción, constituyéndose tantos censos distintos cuantas sean las porciones en que se divida la finca.

ARTÍCULO 1619

Cuando se intente adjudicar la finca gravada con censo á varios herederos, y el censualista no preste su consentimiento para la división, se pondrá á licitación entre ellos.

A falta de conformidad, ó no ofreciéndose por alguno de los interesados el precio de tasación, se venderá la finca con la carga, repartiéndose el precio entre los herederos.

I.—*Indivisibilidad de las fincas gravadas con censo.*

(A) *Censos constituídos después de regir el Código.*—**La doctrina de estos artículos es sólo un aspecto de la más general de la *indivisibilidad* de los censos. Por lo mismo, al empezar el estudio**

de los artículos 1618 y 1619, se busca su complemento en otros artículos que en materia de censos completen el principio de la indivisibilidad. Tarea inútil: ni en el Código ni en la ley Hipotecaria, ni en otra alguna, se encuentra lo que se busca. Y cuanto más rigurosa se muestra la ley en ese principio al tratar de la división de las fincas gravadas con censos, más extraño resulta que nada se hable de la división del mismo censo, ni nada se preceptúe sobre la necesidad de que al constituirse, cada finca represente una unidad ó lleve consigo la responsabilidad especial á que deba entenderse afecta, al menos en perjuicio de tercero.

Vamos, pues, por partes, y para ello empezaremos por la doctrina conocida, que es la que se encierra en los artículos 1618 y 1619.

La ley Hipotecaria, queriendo respetar el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, sin perjuicio del crédito territorial, estableció la unidad por fincas, representando, á los efectos de la indivisibilidad en las relaciones con terceros, cada finca gravada una hipoteca distinta. De aquí los preceptos de los artículos 119 y siguientes de dicha ley.

Art. 119. «Cuando se hipotequen varias fincas á la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravamen de que cada una deba responder.»

Art. 122. «La hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, pero sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos siguientes.»

Art. 123. «Si una finca hipotecada se dividiere en dos ó más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez.»

Art. 124. «Dividida la hipoteca constituída para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagado la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquél á quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto á la misma finca.»

Art. 125. «Cuando sea una la finca hipotecada, ó cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una por ocurrir el caso previsto en el art. 123, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho.»

La ley Hipotecaria, por lo tanto, no estorba la transmisión parcial de una finca gravada con hipoteca, ni su división. Quiere, sí, que al constituirse el crédito, se determine la responsabilidad especial de cada finca gravada, y que si después esa finca se divide, ó se determine nuevamente la responsabilidad de cada fracción, ó no exista tal división con relación al acreedor para quien sigue siendo uno sólo el inmueble, y uno sólo el derecho de hipoteca.

No es esta la doctrina del Código civil con relación á los censos. Siendo éstos por su propia naturaleza mucho más duraderos que la hipoteca, el legislador ha creído necesario adoptar una solución más radical. La finca y el censo forman una unidad; pero quedan unidos de tal modo que son en lo sucesivo y en principio inseparables. Las fincas en la hipoteca pueden realmente fraccionarse, aunque no produzca efecto esa división con relación al acreedor; pero se dividen, forman unidades distintas con relación á los propietarios. Las fincas en el censo no se pueden fraccionar, no pueden dividirse, ni aun por herencia, á no consentirlo expresamente el censualista, y al consentirlo, no queda la finca dividida y uno el censo pesando sobre cada fracción, sino que nacen tantos censos distintos como fincas, determinándose, de acuerdo entre los interesados, la parte de censo con que queda gravada cada porción.

Cuando el censualista consiente en la división de la finca, y

por ello queda dividido el censo entre las varias que se forman, no hay cuestión. Cuando el censualista no consiente, la división de la finca es imposible; se enajena ó transmite toda ella ó nada, lo cual es una traba para la circulación de la riqueza; pero evita ó dificulta el excesivo fraccionamiento de la propiedad é impide la confusión de derechos y los inconvenientes del censo, en el caso de pasar porciones de finca á diversos propietarios. Es, además, el precepto legal una medida conveniente, no sólo para el censualista, sino para el mismo censatario y para la propiedad, porque se conoce exactamente el gravamen que afecta á cada finca en su caso, y cada censatario responde de su parte y no del todo de la pensión, y cada tercero contrata con perfecto conocimiento de la extensión de su responsabilidad.

Cuando se trata de transmisión á título oneroso, ó en virtud de donación, fácil es imponer la enajenación de todo ó de nada; si no pasa á otro toda la finca, toda queda en el mismo dueño. Cuando se trata de transmisiones por herencia, el cambio de dueño es imprescindible: ha de transmitirse todo unido á menos que el censualista consienta en la división entre los herederos. De aquí el precepto del art. 1619 que muestra el rigor de la ley en el mantenimiento de su principio, y que requiere poca explicación.

Primero se atiende al acuerdo ó conformidad de los interesados para adjudicar la finca á uno sólo de los herederos; si no hay acuerdo, se pone la finca á licitación entre ellos, y no ofreciendo ninguno el precio de tasación á lo menos, se vende la finca con la carga, repartiéndose el precio entre los herederos. La ley no lo dice; pero lógico es suponer que si no se encuentra comprador que ofrezca el precio de tasación, podrá venderse la finca por menos; pero con preferencia para ello en los mismos herederos. Puede fundarse esta solución en el precepto del artículo 1067; pero aun sin él es evidente que constituiría una anomalía inconcebible consentir que un tercero comprase la finca por cualquier precio, y prohibir ese derecho exigiendo precisamente el precio de tasación cuando quisiera comprarla alguno de los herederos.

Los arts. 1618 y 1619 no hablan de transmisiones ó gravámenes, sino de división por cualquier causa ó motivo de las fincas gravadas con el censo. El censatario, por lo tanto, no sólo no puede vender, donar, ceder ó permutar una parte de finca sin consentimiento del censualista, sino que tampoco puede hipotecar esa fracción, ó imponerle un censo, ó bajo ningún pretexto dividir la primitiva.

Por lo mismo, los arts. 1618 y 1619 no se oponen á la indivisión, ó á la transmisión por herencia ó contrato á varias personas proindiviso. En tal caso, la unidad de la finca no se altera, y aunque la pluralidad de dueños ó de poseedores no es nunca conveniente, ni puede serlo á los efectos del censo, la ley no extrema tanto su rigor, y la prohibición no puede fundarse en esos artículos. Al fin todos los poseedores son deudores solidarios, y de la pensión responde la finca no dividida.

Examinados los arts. 1618 y 1619 no nos queda duda alguna de que la ley supone que cada finca representa un censo, y que por tanto, para éste, rige el mismo precepto que el que para las hipotecas establece el art. 119 de la ley Hipotecaria. Este debiera decir: «Cuando se hipotequen *ó graven con pensión* varias fincas por un sólo crédito *ó un solo censo*, se determinará la cantidad ó parte de gravamen de que cada una de ellas deba responder.» ¿Cómo exigir que al dividirse una finca gravada con censo, se designe la parte del censo á que queda afecta cada porción, y no exigir esa misma determinación cuando el censo se impone ó constituye desde el principio sobre varias fincas? La ley prohibe la división de fincas, y al hacerlo, tiene forzosamente que referirse á lo que, como finca, constituye una unidad. Si el censo se impuso sobre tres fincas, cada una de éstas es una unidad; no cabe dividir lo que ya está dividido ó separado. El censatario que vende entera una de las fincas gravadas no la divide; lógica y naturalmente, el censualista no puede, fundándose en los artículos que examinamos, oponerse á la enajenación.

Pero ese supuesto de que parte la ley, por muy lógico y natural que sea, necesitaba otra ley que le sirviera de apoyo, ley

que se da por supuesta, pero que, como hemos dicho, no se encuentra. Sólo en la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, y partiendo de la misma base falsa, se dice en el art. 22: «Tampoco se otorgará ninguna escritura de hipoteca ó de imposición de censo ó capital á rédito, sobre fincas diferentes, sin señalar en ella la parte de dicho capital y réditos de que ha de responder cada una. Los Notarios exigirán á los otorgantes que hagan la distribución del capital y réditos entre las fincas gravadas, si previamente no lo hubiesen convenido, advirtiéndoles y haciendo constar en la escritura que cada una de las fincas no queda obligada con perjuicio de tercero, sino por la cantidad que respectivamente se le señale, si bien quedando á salvo el derecho del acreedor para repetir contra cualquiera de ellas por la parte del crédito que no alcanzare á cubrir alguna de las otras, cuando no mediare dicho perjuicio, conforme á lo prevenido en la ley Hipotecaria.»

Los artículos 383 al 387 de dicha ley, de que luego nos ocuparemos, se refieren á censos anteriores á la publicación de la ley, y conceden un derecho á dividir el censo entre las fincas, ó á reducirlo, derecho del que puede ó no hacerse uso por los interesados. Ocurre respecto á estos artículos lo mismo que con relación á los 1618 y 1619 del Código civil: la ley que quiere que esa división se practique aun en los censos anteriores á ella, quiere evidentemente que se lleve á cabo en los que se constituyan con posterioridad, entiende que esto ha sido ya preceptuado, y procura extender á los censos antiguos lo que considera un beneficio para el crédito territorial. Sin embargo, en la ley Hipotecaria ningún artículo repite con relación á los censos el precepto del art. 119.

Á pesar de todo, consideramos ese precepto tan natural y tan embebido en el espíritu de los arts. 1618 y 1619, que no encontramos más remedio que admitirlo. No se opone á esta solución el art. 1641, según el cual, cuando se venden varias fincas gravadas con un solo censo, han de retraerse todas ó ninguna, primero, porque nadie niega la posibilidad de constituirse un

censo sobre varias fincas, y se constituye, aunque se determine la parte de gravamen á que queda afecta cada finca; segundo, porque el art. 1641 se refiere á todos los censos anteriores ó posteriores al Código civil, y tercero, porque el espíritu de ese artículo es limitar el derecho de retracto, y así, aun repartido ó dividido el crédito entre las fincas, la ley quiere que se retraigan todas las fincas gravadas ó ninguna.

En todo caso, y aunque tal solución no quiera adoptarse, es evidente que cuando un censo grava varias fincas, el censatario puede enajenar cada una de éstas por entero, porque al hacerlo no divide finca alguna, que es lo que el art. 1618 prohibe. Una vez dividida la finca única que se gravó, y fijada la parte de responsabilidad de cada porción, de acuerdo con el censualista, puede, desde luego, enajenarse una de estas fracciones por entero. Resolver otra cosa sería cambiar el verdadero significado de la palabra finca, y entender por tal el conjunto de todas las gravadas con un solo censo.

El art. 1662 del Código de Portugal, después de establecer los mismos principios que el 1619 del nuestro, añade que la división del censo, entre las varias fracciones de finca, sólo es válida por acto legal en que conste el consentimiento escrito del propietario, y que en este caso podrá aumentarse la pensión á cada partícipe por la incomodidad de cobrar particularmente.

En nuestro derecho han de guardarse las reglas generales en materia de contratación y partición, pero si el acto ha de inscribirse, es indispensable que se otorgue escritura pública. El consentimiento del censualista para la división ha de constar de un modo indudable, así como su consecuencia, que debe ser la distribucion del capital y de las pensiones del censo entre las varias fincas formadas con las fracciones de la primitiva.

Si á pesar de la prohibición contenida en los artículos 1618 y 1619, se divide una finca gravada con censo sin consentimiento del censualista, el acto puede declararse nulo á instancia de éste; más aun que eso, es nulo desde luego por faltarle un requisito esencial: el consentimiento de una de las personas que

deben prestarle. Dudoso es si el acto debe ser considerado simplemente nulo ó inexistente. Nosotros creemos que es inexistente con relación al censualista, para quien la finca ha de seguir siendo una, y sólo partícipes proindiviso los diversos dueños, resultando de hecho una situación igual á la prevista en el artículo 123 de la ley Hipotecaria, sea el que fuese el tiempo transcurrido desde la división ilegal, y sin perjuicio de las relaciones entre terceros derivadas de la inscripción.

Los Registradores deben denegar la inscripción de los títulos en que resulte haberse dividido una finca gravada con censo entre varios partícipes ó herederos, ó en que se transmita una porción determinada de esa finca, sin el consentimiento del censualista. Si á pesar de la prohibición legal se inscribiese la división, serían aplicables los arts. 33 y 34 de la ley Hipotecaria.

Según declara acertadamente la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1909, la indivisibilidad del censo lleva consigo lógicamente la solidaridad en el pago de las pensiones cuando existen diversos censatarios, sin que la tolerancia del censualista al cobrar á cada uno de aquéllos su parte proporcional, pueda convertir dicha obligación en mancomunada.

B) *Censos constituídos con anterioridad á la publicación del Código civil.* —Los arts. 1618 y 1619, ¿son aplicables únicamente á los censos constituídos después de la vigencia del Código, ó también á los constituídos con anterioridad?

La Dirección general de los Registros, en orden de 7 de Enero de 1893, no resuelve esta cuestión, pues se refiere á fincas gravadas con censo, pero divididas en el año 1887, antes, por consiguiente, de regir el Código, caso que no debía ofrecer duda alguna. Sostiene en su último Considerando, y eso es evidente, que en tal caso la disposición transitoria aplicable es la 2.ª, sin que valga aducir que la pertinente es la 4.ª, ya que se trata del derecho que tenía, conforme á nuestra antigua legislación civil, el dueño de una finca acensuada, para dividirla sin consentimiento del censualista, y puesto que ese derecho nació y se *ejercitó* antes de regir el Código.

Pero al ejercitarse el derecho después de publicado este cuerpo legal, ¿debe aplicarse la regla transitoria 4.ª ó la 1.ª? Según la regla 4.ª, los derechos nacidos y *no ejercitados* antes de regir el Código, subsisten con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación anterior; pero sujetándose en cuanto á *su ejercicio* á lo dispuesto en el Código. Las palabras de la exposición de motivos de las disposiciones transitorias, aclaran, á nuestro modo de ver, la cuestión: «Pero si es justo, se dice, respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tienen carácter *adjetivo,* y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo.»

Se trata, pues, de procedimiento, de forma de ejercicio, de algo de carácter adjetivo, que no estorba el derecho, sino que regula la manera de realizarse en la práctica. El consentimiento del censualista para la división de las fincas gravadas con censo, impuesto como necesario en el art. 1618 del Código, no es una simple forma de procedimiento, no es una regla de carácter adjetivo, sino que significa la concesión de un derecho á los censualistas que antes no tenían, la imposición á los censatarios de una limitación dominical á que antes no estaban sujetos. En tal sentido, la disposición transitoria aplicable debe ser la 1.ª, y con arreglo á ella, es indiferente el ejercicio anterior ó posterior del derecho, pues á los efectos de esta regla basta que el derecho existiese ó hubiese nacido con arreglo á la legislación anterior. En efecto, el precepto del art. 1618 declara por primera vez un derecho en favor del censualista; pero si se aplicase desde luego aun á los censos constituídos antes de la vigencia del Código, se lesionaría otro derecho adquirido por el censatario al constituirse el censo con arreglo á las disposiciones anteriores, pues derecho adquirido es aquel que corresponde á una persona dependiendo sólo de su voluntad el ponerlo ó no en ejerci-

cio, y es evidente, que sólo de la voluntad del censatario dependía, antes del Código, el dividir ó no sus fincas sin consentimiento del censualista.

La Resolución de la Dirección de 9 de Diciembre de 1897, resuelve un caso clarísimo. Después de redimido el censo, desaparece el derecho del censualista, por lo que no cabe exigir que consienta en la división de la finca que estuvo gravada.

Legislación hipotecaria.—Con relación á estos censos anteriores al Código civil, la exposición de motivos de la ley Hipotecaria decía lo siguiente: «La gran facilidad que ha habido en nuestra patria para multiplicar indefinidamente las garantías, es harto sabida por todos. Pueblos hay que tomaron en tiempos más ó menos remotos capitales á censo, ó con hipoteca, no siempre crecidos, constituyendo el común de vecinos el censo ó la hipoteca, no sólo sobre los bienes que comunalmente poseían, sino sobre todos y los de cada uno de los que acudían al concejo; así en estos pueblos, toda ó casi toda su propiedad territorial se halla afecta á una obligación hipotecaria. Dimana de esto la dificultad de enajenar que tienen los vecinos, porque la opción que tienen los censualistas ó los acreedores hipotecarios para pedir directamente contra cualquiera de los poseedores de las fincas acensuadas ó hipotecadas, por ser el censo y la hipoteca indivisibles y subsistir en todas y cada una de las cosas que afectan, es causa de que en la incertidumbre de si la finca enajenada será la elegida, se retraigan de adquirir ninguna de ellas, los que de otro modo se apresurarían tal vez á comprarlas. Común es también que sobre todos los bienes de una vinculación, cuantiosos á veces, haya censos ó hipotecas de poca importancia relativamente al capital que los asegura. De esta desproporción de los bienes hipotecados con las deudas garantidas, ninguna ventaja saca el acreedor, que no puede obtener más que una sola vez lo que le corresponde; al contrario, el deudor se ve gravado extraordinariamente porque su crédito no aparece tal como en realidad es, por tener afectos á censos ó á hipotecas muchos más bienes de los que verdaderamente necesita en todo caso

para cubrir la obligación ó el derecho garantido. No son estas trabas, que coartan la propiedad, menos funestas que las de la amortización, con la que tienen ciertos puntos de contacto, porque si bien no prohiben la enajenación, la dificultan, y restringen mucho la circulación de la riqueza inmueble, disminuyendo innecesariamente el crédito territorial.»

En relación con estos motivos se dictaron los siguientes artículos de la ley Hipotecaria:

Art. 383. «El que á la publicación de esta ley tuviere gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos, tendrá derecho á exigir que se divida entre los que basten á responder de un triplo del mismo capital, determinando la cantidad ó parte de gravamen de que cada finca deba responder.»

Art. 384. «El acreedor ó censualista podrá también exigir la división y reducción del gravamen en el caso previsto en el artículo anterior, si no lo hiciere el deudor ó censatario.»

Art. 385. «Si los bienes acensuados ó hipotecados en la forma expresada en el art. 383, no bastaren para cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, sólo se podrá exigir la división de dicho capital entre los mismos bienes, en proporción á lo que respectivamente valieren, pero no la liberación de ninguno de ellos.»

Art. 386. «La división y reducción de los censos ó hipotecas de que tratan los artículos anteriores, se verificarán por acuerdo mutuo entre todos los que puedan tener interés en la subsistencia de unos ú otros. Si no hubiere conformidad entre los interesados, ó si alguno de ellos fuese persona incierta, se decretarán dicha división y reducción por los Tribunales en juicio ordinario, y con audiencia del Fiscal si hubiere interesados inciertos ó desconocidos.»

Art. 387. «Verificándose la división y reducción del censo ó la hipoteca de conformidad entre los interesados, se hará constar por medio de escritura pública. Cuando haya precedido jui-

cio y recaído sentencia, el Tribunal expedirá el correspondiente mandamiento.

»Se considerarán comprendidos en este artículo y en los precedentes desde el 383, los censos y censales no impuestos sobre fincas determinadas, pero asegurados con hipoteca general de todos los bienes de los que las constituyeron, y, en su consecuencia podrá exigir el censualista que se imponga el gravamen de la pensión sobre bienes señalados que posea el censatario cuando éste no lo haga voluntariamente.

»Igualmente se considerarán comprendidos en los artículos que preceden los foros de Galicia (y los de Asturias ó León ó cualquier otra provincia, según el art. 317 del reglamento), cuando se esté pagando la renta sin poder determinar los interesados las fincas gravadas.»

El mal que se trataba de evitar con estas disposiciones era de importancia; pero la reforma tuvo que luchar con dos graves inconvenientes: la apatía natural en quien sólo ve un peligro remoto en su situación, y el desconocimiento en muchos casos de las personas de los censualistas, y hasta de la existencia del gravamen.

No podemos descender al estudio de los citados artículos de la ley Hipotecaria. Haremos sólo notar que aluden principalmente á los censos consignativos, que la extensión del precepto á los foros se hace bajo la base de no conocerse determinadamente las fincas gravadas, y que sólo en este caso entienden la mayoría de los comentaristas que pueden esos artículos ser aplicables al censo enfitéutico, pues determinadas las fincas, el dueño directo tiene sobre cada uno de ellas los derechos de retracto, laudemio y comiso, de los que no cabe privársele, sin su consentimiento, sólo por el hecho de que valgan más del triplo del capital.

Constituídos sobre una finca gravada con censo enfitéutico varios subestablecimientos á favor de terceras personas, el enfiteuta vendió una parte de la finca al ramo de Guerra, y el dueño directo liberó del censo esa parte, cargándolo todo sobre

el resto del inmueble. Suspendida la inscripción del título por no haberse cumplido el art. 386 de la ley Hipotecaria, resuelve la Dirección en 6 de Agosto de 1901: 1.º Que no es aplicable ese artículo por no tratarse de división ni reducción del censo. 2.º Que, no obstante, como se reduce la cosa censida ó la garantía, y hay terceros interesados por los subestablecimientos, á algunos de los cuales se les impone mayor gravamen, es indispensable su consentimiento, á menos de reducirse el censo en la misma proporción que la finca.

II.—*Indivisibilidad del censo como derecho propio del censualista.*

Los artículos 1618 y 1619 legislan sobre la indivisibilidad de las fincas gravadas con censo. Es claro que lo hacen precisamente atendiendo á la indivisibilidad del censo como derecho real adherido á la finca, y, por tanto, que lo que en esencia se prohibe es la división de ese censo como carga ó gravamen, á no consentirlo el censualista, asegurando este principio con la prohibición hasta de dividir las fincas, extremo á que no creyeron deber llegar con relación á la hipoteca los autores de la ley Hipotecaria.

Pero respecto al censo como derecho al percibo de la pensión en el censualista con independencia de la finca gravada, ¿cabe esa división? ¿Puede el censualista enajenar una parte determinada de su derecho á la pensión? ¿Pueden adjudicarse porciones determinadas á diversos herederos?

El derecho en sí mismo, en su esencia, es uno, y no puede menos de ser indivisible, porque repugna á su naturaleza su división por partes. Cada parte de derecho sería un derecho entero; pero esto no resuelve la cuestión, porque se constituyan ó no tantos derechos como partes; lo que hay que decidir en concreto es si á voluntad del censualista cabe, que si la pensión es de cuatro, se descomponga en cuatro porciones de á uno, sin el consentimiento del censatario.

Gil, en sus indicaciones sobre los censos, decía: «Si un censualista deja varios herederos, no tienen derecho á dividir la pensión en perjuicio de los censatarios. No es lo mismo entenderse con un solo censualista que tener que dirigirse á dos ó más.»

Esta prohibición ó limitación no se encuentra en el Código civil. Si acudimos á la ley Hipotecaria, veremos que el acreedor hipotecario puede ceder en todo ó en parte su crédito haciéndolo saber al deudor (art. 152), y nada obsta á que ese mismo crédito se divida entre varios partícipes que los tuviesen proindiviso ó entre varios herederos. Se dirá que se trata del crédito, de la cantidad adeudada, natural y perfectamente divisible, pero con ello va su accesorio, que es la garantía hipotecaria. Digamos lo mismo con relación á las pensiones del censo y al capital que representan. Indivisible resulta siempre la carga, divisible en realidad el derecho. No encontramos texto alguno en que poder fundar la prohibición de dividir la pensión sin consentimiento del censatario.

Esto no obsta á que en interés de los mismos censualistas deba hacerse conocer la división á ese censatario, y á que las fincas gravadas sigan indivisiblemente respondiendo del censo en el modo y forma en que se constituyó, á no mediar el consentimiento de los interesados.

Códigos extranjeros.—Concuerda con el art. 1619 de nuestro Código el 1662 del código de *Portugal*, y los 3253 á 3255 del de *Mejico*. El 3249 de este último Código, acepta en absoluto, respecto á la indivisibilidad del censo como carga, el precepto del art. 123 de nuestra ley Hipotecaria. La distribución, mediando acuerdo, ha de llevarse á efecto por peritos nombrados por las partes, y produce el efecto señalado en nuestro art. 1618.

No existen concordantes en los Códigos de *Francia*, *Italia* y *Venezuela*.

Los artículos 2036 del Código de *Chile* y 1830 del de *Uruguay*, adoptan un sistema distinto. «Siempre que la finca acensuada se divida por sucesión hereditaria, se entenderá dividido el

censo en partes proporcionales á los valores de las hijuelas ó nuevas fincas resultantes de la división. Para la determinación de los valores de éstas, se tasarán, y será aprobada la tasación por el Juez con audiencia del censualista y del Ministerio público. No inscribiéndose el acto, subsistirá el censo primitivo y cada hijuela será gravada con la responsabilidad de todo el censo. Si de la división hubiere de resultar que toque á una hijuela menos de mil pesos del primitivo capital, no podrá dividirse el censo, y cada hijuela responderá de todo él.»

Según los artículos 2037 y 1831 de dichos Códigos, el capital impuesto sobre una finca puede en todo caso reducirse á una parte determinada de ella ó trasladarse á otra finca, con las formalidades y bajo las condiciones prescritas en los artículos precedentes.

ARTÍCULO 1620

Son prescriptibles tanto el capital como las pensiones de los censos, conforme á lo que se dispone en el título 18 de este libro.

Prescripción de los censos.—Los censos se consideraron como imprescriptibles, lo cual respondía bien á la idea de perpetuidad que inspiraba su constitución. Podía perderse el derecho á cierto número de pensiones, pero nunca el derecho á seguirlas percibiendo y al capital.

Sin embargo, ya antes de la vigencia del Código civil, el Tribunal Supremo tenía declarada la prescriptibilidad, tanto del capital de los censos como de las pensiones. Véanse las sentencias de 24 de Enero y 9 de Marzo de 1863, 4 de Julio de 1870 y 23 de Junio de 1886.

Para la prescripción se exigía la posesión de la finca como libre y con buena fe durante treinta años. Extinguido así el censo, quedaba extinguido tanto el derecho al capital como á las pensiones, como cosa accesoria; pero aun reconocido el censo, ó interrumpida en cuanto al derecho en su esencia la prescrip-

ción, la acción para reclamar las pensiones vencidas y no pagadas prescribía también á los treinta años.

El Código, en evitación de toda duda, declara en el art. 1620 que son prescriptibles tanto el capital como las pensiones de los censos.

La prescripción en los censos, como en todos los derechos reales, ofrece dos aspectos, uno positivo y otro negativo.

El censualista transmite á un tercero su derecho de censo, pero ignorantes de esa transmisión los herederos del censualista, incluyen el censo entre los bienes partibles, y lo adjudican á uno de los interesados ó á un acreedor, quien viene percibiendo la pensión como verdadero censualista, por abandono, apatía, muerte ó ausencia del primer adquirente. Á los diez, veinte ó treinta años, según los casos, ese heredero ó acreedor, poseedor solamente del derecho de censo, adquiere su dominio por prescripción. Este es el aspecto positivo de la cuestión, y así resulta la prescripción como un modo de constituirse el censo, modo especial que supone la anterior constitución del mismo.

El art. 1620 se refiere sin duda al otro aspecto, á la prescripción extintiva, á la extinción del derecho de censo y libertad de la finca.

La acción real de censo, como todas las acciones reales, prescribe por el mero lapso de tiempo fijado en la ley, siempre que no resulte legalmente interrumpido. No se requiere, pues, buena fe en el poseedor del inmueble gravado. El abandono por parte del censualista es lo que se castiga con la pérdida del derecho, y en ese prolongado abandono no ejerce influencia alguna la buena ó mala fe del poseedor. La falta de ejercicio del derecho durante treinta años extingue las acciones reales sobre bienes inmuebles, con arreglo al art. 1963, y, por tanto, la acción real, y con ella el derecho real de censo.

El art. 1970, añade, especialmente con relación á los censos, lo siguiente: «El tiempo para la prescripción de las acciones que tienen por objeto reclamar el cumplimiento de obligaciones

de capital con interés ó renta, corre desde el último pago de la renta ó del interés. Lo mismo se entiende respecto al capital del censo consignativo. En los censos enfitéutico y reservativo se cuenta asimismo el tiempo de la prescripción desde el último pago de la pensión ó renta.»

Ahora bien, el derecho á las pensiones vencidas y no pagadas, ¿prescribe también á los treinta años ó existe un plazo más corto para su prescripción?

El derecho en abstracto á cobrar pensión, no prescribe indudablemente mientras no prescriba el censo, pero el derecho á cobrar un número mayor ó menor, pero determinado, de pensiones vencidas, ¿prescribe antes?

Esta cuestión ha sido muy debatida, manteniéndose opuestos criterios con abundante copia de razones, en la *Revista del Foro de la Habana*, y aparece resuelta por el autor de esta obra en el tomo 87 de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia.*

Aunque con arreglo á los artículos 334, núm. 10, y 336 del Código, se consideran bienes inmuebles las pensiones que gravan con carga real una cosa inmueble, nosotros creemos que las pensiones de los censos prescriben á los cinco años, con arreglo al núm. 3.º del art. 1966.

Para adoptar esta solución hay una razón fundamental, y un precepto claro y explícito.

Por mucha importancia que quiera concederse á las pensiones en el censo, y aunque se entienda ser la fiel representación de éste, salta á la vista que ni una, ni cinco, ni diez pensiones constituyen el censo, que éste, en su relación con las pensiones está constituído por el conjunto de éstas, por su pago constante durante un tiempo indefinido, y así se observa que aunque el censualista deje de cobrar varias pensiones ó pierda el derecho á ellas, el censo se mantiene incólume, no se extingue, no se altera en su esencia, lo cual seria imposible si una ó varias pensiones constituyeran la esencia del censo.

El art. 1970 parece referirse en todos sus párrafos ó la prescripción del derecho al capital, no al de réditos á pensiones,

y expresamente se hace así constar con relación al censo consignativo; pero aunque así no fuese, se limita á señalar el punto de partida para prescribir, sea el que fuere el tiempo que después ha de transcurrir en cada caso.

Por último, el precepto del art. 1966, es terminante. Se consideren ó no bienes inmuebles las pensiones de los censos, sea real ó personal la acción para reclamar su pago, refiérase ó no al capital el art. 1970, hay un artículo en el Código que expresamente se ocupa de la prescripción del derecho á todo interés, rédito ó pensión que se paga por años, y ese artículo que establece la regla clara y sin distingos, tiene que ser aplicable á las pensiones de los censos, ya que, como hemos hecho notar, la pérdida de varias pensiones no equivale á la pérdida del censo como derecho real, ni por tanto á la pérdida del derecho de seguir cobrando en lo sucesivo la pensión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1903, sienta en su sexto considerando la doctrina siguiente: «Con arreglo al Código, las acciones que tengan por objeto el pago de pensiones censuales atrasadas, cuando éste haya de hacerse anualmente ó en períodos más breves, prescriben á los cinco años, porque siendo personales, á tenor del art. 1623 y de la doctrina legal establecida, entre otras sentencias, en la de 17 de Noviembre de 1896, hay que atenerse al núm. 3.º del artículo 1966, que marca ese plazo para la prescripción de las que persigan la efectividad de pagos que deban realizarse por años ó en más cortos vencimientos.»

No distinguiendo el núm. 3.º del art. 1966 entre acciones reales ó personales para dictar la justa regla que contiene, aceptada en otros muchos Códigos, algunos de los cuales expresamente hablan de las pensiones de los censos, creemos que es indiferente para la cuestión ventilada que la acción para reclamar dichas pensiones sea personal ó real, ó pueda manifestarse en uno ú otro aspecto. Insistiremos sobre la naturaleza de la acción en el comentario del art. 1623.

Para evitar la falsa alegación de prescripción, tanto respecto

al capital como á las pensiones, el art. 1616 preceptúa que al pagar el censatario deje en poder del censualista un resguardo que acredite ese pago si dicho censualista lo exigiere.

LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.—*Prescripción especial del pago de la pensión, cuando este pago perjudica á tercero con título inscrito.*—Relacionado se halla con el artículo que comentamos, y lo mismo con el 1623, y los que en general se ocupan de la pensión en el art. 117 de la ley Hipotecaria. Como al fin se trata de una prescripción especial del derecho al cobro de las pensiones, de la pérdida limitada de este derecho en casos especiales, preferimos hacer el estudio de dicho artículo en este lugar.

Con relación á la hipoteca, los arts. 114 al 116 de la ley Hipotecaria, disponen lo siguiente:

«Art. 114. La hipoteca constituída á favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.»

«Art. 115. Al transcurrir tres años, contados desde que el préstamo empezó á devengar réditos no pagados, podrá el acreedor exigir que la hipoteca constituída se amplíe sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar los intereses correspondientes al primero de dichos años. Si el acreedor hiciera uso de su derecho después de los tres años, podrá exigir la ampliación de hipoteca por toda la parte de réditos que en el momento de hacerse dicha ampliación no estuviese asegurada con la hipoteca primera; pero sin que en ningún caso deba perjudicar la que se constituya al que anteriormente, y después de los dos años, haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados.»

«Art. 116. Si la finca hipotecada no perteneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la ampliación de hipoteca de que trata el artículo precedente.»

Después de esto, dice el art. 117: «El acreedor por pensiones atrasadas de censo, no podrá repetir contra la finca acensuada, con perjuicio de *otro acreedor hipotecario ó censualista* pos-

terior, sino en los términos y con las restricciones establecidas en los arts. 114 y 115; pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho á hacerlo el acreedor hipotecario, según el artículo anterior, cualquiera que sea *el poseedor* de la finca acensuada.»

La exposición de motivos de dicha ley fundamentaba así la razón de este precepto: «El tercer adquirente de la propiedad gravada que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está al corriente en el pago de intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, no debe ser perjudicado por omisión é incuria del acreedor, ó tal vez por mala fe de éste, combinado con el deudor.»

Después añade: «Lo que se dice de la extensión de la hipoteca á los intereses vencidos es aplicable por identidad de razón á las pensiones atrasadas de los censos; *nada hay que justifique establecer aquí la menor distinción*, porque unos y otros son réditos de un capital anticipado.»

A pesar de estas palabras, ocupándose Gil de los artículos transcritos, hace notar la diferencia que fácilmente se observa entre ellos. «Salta á la vista, dice, que la ley establece una desigualdad muy manifiesta entre censos é hipotecas. Tratándose de hipotecas, la ley limita los derechos del acreedor por los de *un tercero cualquiera* (dueño ó no dueño). Tratándose de censos, la ley limita el derecho del censualista, no por los de unos terceros cualesquiera, sino únicamente por los de un *acreedor hipotecario ó censualista* posterior. Resulta de esto que contra un tercer poseedor de la cosa acensuada pueden reclamarse todas las pensiones no prescritas, según de antiguo venía sucediendo.»

La observación es ciertísima, y el texto del art. 117 es suficientemente explícito para dejar la menor duda. Gil no encuentra la razón de tal desigualdad, y menos si se atiende á las palabras *nada hay que justifique establecer aquí la menor distinción*, consignadas en la exposición de motivos. Es más, La Serna, en sus *Elementos de derecho civil*, repite el precepto del citado artículo 117, y añade después: «*Parece* que con la misma limita-

ción se podrán repetir las pensiones vencidas del tercer poseedor de la finca sobre que el censo se impuso, sin que esto prive al censualista, del derecho que tiene de reconvenir por el resto al antiguo censatario que dejó de pagar oportunamente.» Lo que parece es que el autor se vió sorprendido al no encontrar en el texto de la ley, lo que estimaba natural que estuviere, lo que tal vez creía que se había hecho constar en ella.

De todos modos, la desigualdad resulta clara en la ley. El tercer adquirente de la finca gravada con censo, responde del pago de las pensiones atrasadas que se adeuden, mientras no prescriban por el término ordinario, ó lo que es igual, el cambio de dueño en la finca no influye en esta cuestión. En cambio, un censualista posterior, ó un acreedor hipotecario, un tercero, en suma, con derecho real distinto al dominio sobre la misma finca, pues aquí sí que no debe haber distinción, no puede sufrir más perjuicio que el resultante del cobro de dos pensiones anuales y parte vencida de la anualidad corriente. El acreedor por pensiones atrasadas, que es un censualista anterior, puede exigir la ampliación del censo sobre las mismas fincas, ó hipoteca sobre ellas, estén ó no en poder del primer censatario, para asegurar en perjuicio de acreedores ó censualistas posteriores mayor número de pensiones; pero con las limitaciones marcadas en el artículo 115, pues aunque el 117 se refiere al anterior, que es el 116, esto se ha creído siempre una equivocación. El art. 116 no es aplicable á los censos, como lo prueban las últimas palabras del 117: «cualquiera que sea el poseedor de la finca acensuada». Para que la ampliación no perjudique á los expresados terceros, es preciso que el censualista ó acreedor hipotecario posterior, hayan adquirido ó inscrito antes sus respectivos derechos, sea antes ó después de los dos años de que habla el art. 115.

Véanse las sentencias de 24 de Abril de 1874 y 10 de Febrero de 1877, que aplican la doctrina del art. 117.

La desigualdad que resulta al comparar el texto de los artículos 114 y 115 con el del 117, la encontramos justa, fundada y racional cuando haya de ejercitarse la acción real para el co-

bro de las pensiones, á pesar de lo que se desprende de las palabras de la exposición de motivos, y de los juicios de J. Gil, y La Serna y Montalbán. La pensión en los censos constituye el verdadero gravamen de las fincas acensuadas; donde quiera que vayan éstas, allá va el gravamen de la pensión. En la hipoteca, por el contrario, los intereses no son de esencia, pueden no existir, ó existir con independencia del derecho real. De aquí que lo que en la hipoteca constituye hasta un beneficio para el acreedor, á quien se concede la seguridad de cobrar, aun en perjuicio de tercero, hasta tres años de intereses, en el censo constituiría un injustificado ataque al mismo derecho real de censo, cuya esencia consiste en la pensión. Ahora bien; cuando se ejercita la acción personal para el cobro de las pensiones, no cabe hablar de tercer poseedor, porque, personalmente, no puede estar obligado por réditos debidos por otro poseedor anterior.

Sostiene Gil, que el precepto del art. 117 de la ley Hipotecaria, sólo se refiere al censo consignativo, que es el que presenta verdadera analogía con la hipoteca. Se funda en las últimas palabras antes transcritas de la exposición de motivos de dicha ley. No lo creemos así; ni el artículo ni la exposición hacen distinción alguna. Hablan siempre de pensiones atrasadas de censo, en general, y así debe ser, porque la razón es siempre la misma. En el censo enfitéutico y en el reservativo, hay también un capital anticipado por el censualista, aunque ese capital esté representado por fincas y no por metálico; en realidad el capital, además, no es la finca, sino su valor, por lo que ni aun vemos impropiedad en el modo de expresarse el autor de la exposición.

CÓDIGOS EXTRANJEROS.—Declaran la prescripción del capital y las pensiones de los censos, por el transcurso de treinta años, los arts. 2042 del Código de Chile y 1826 del Código de Uruguay.

Según el art. 1684 del Código de Portugal, no pueden reclamarse las pensiones de más de cinco años, sino en virtud de obligación escrita en que conste la deuda.

Según el Código de Méjico, art. 3221, el capital del censo prescribe á los veinte años, y con arreglo al 1212, «las pensiones enfitéuticas ó censales no cobradas á su vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde que se dejó de pagar la primera, cuando el cobro se haga en virtud de *acción real*».

ARTÍCULO 1621

A pesar de lo dispuesto en el art. 1110, será necesario el pago de dos pensiones consecutivas para suponer satisfechas todas las anteriores.

Este artículo está relacionado con el anterior.

Según el art. 1110, el recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor no hiciere reservas, extingue la obligación en cuanto á los plazos anteriores.

Con relación á los censos se sienta una regla excepcional: será necesario el pago de dos pensiones consecutivas para suponer satisfechas todas las anteriores.

La ley parte de la realidad de los hechos. No es verosímil que se entregue el recibo de la anualidad corriente, sin que estén satisfechas ó perdonadas las anteriores, ó sin que en el mismo recibo se haga alguna reserva ó aclaración Menos verosímil es aun que eso ocurra dos años consecutivos Por otra parte, no todos los deudores conservan cuidadosamente todos los recibos, y sería muy duro exigir al censatario la presentación de todos ellos, ú obligarle al pago de anualidades anteriores por no poder justificar haberlas satisfecho, y presentar sólo los de las dos últimas.

Resulta, pues, que el pago de una sola pensión, no justifica el de las anteriores; pero que pagadas dos anualidades consecutivas y probándolo así con los recibos, se entienden satisfechas las precedentes. Si no es así en realidad, el censualista sufrirá un perjuicio que sólo á su incuria ó negligencia puede atribuir.

La ley establece una presunción que puede desvanecerse mediante la prueba en contrario. El censualista puede presentar

cartas ó documentos que justifiquen que no se verificó el pago de las pensiones anteriores. En su caso, los Tribunales apreciarán la prueba y estimarán ó no desvanecida la presunción.

En general, no existen concordantes en los Códigos extranjeros.

ARTÍCULO 1622

El censatario está obligado á pagar las contribuciones y demás impuestos que afecten á la finca acensuada.

Al verificar el pago de la pensión podrá descontar de ella la parte de los impuestos que corresponda al censualista.

El precepto es claro. El censatario es el que en realidad disfruta la finca, y aun generalmente él es el dueño. Todas las contribuciones é impuestos que afecten á la finca censida son naturalmente á su cargo. Si al censualista corresponde el pago de algún impuesto con relación á la finca, ó parte de él, se pagará también por el censatario, si antes no se satisfizo por aquél, y se deducirá después del importe de la pensión al abonar ésta.

No es fácil encontrar contribuciones ó impuestos que afecten *á la finca*, y cuyo pago corresponda al censualista, y si alguno hubiese por razón del dominio directo en la enfiteusis, ya cuidará el dueño en el contrato de hacerlo recaer sobre el censatario. De todos modos, el art. 1622 impone su pago al poseedor de la finca, y á él se le pueden reclamar, por lo que en ningún caso debe dar lugar á que se le impongan de un modo forzoso lo que debe realizar voluntariamente.

Es posible también que se grave con algún impuesto la pensión, y este impuesto afecta en principio al censualista. Sin embargo, el art. 3270 del Código de Méjico, supone que debe ser pagado por el enfiteuta, puesto que dispone que se le abone á éste por el dueño. Tal vez sea la misma la idea de nuestro Código; pero debe expresarse más claramente, para que no pueda

suscitarse la cuestión de si son contribuciones que afectan á la finca los impuestos que gravan las pensiones censales.

Declara la sentencia de 12 de Enero de 1897, que la acción para pedir que se rebaje de la pensión foral el importe que proceda por contribuciones, nace al abonarlas cada año el forero.

Concuerda el art. 1622 con el 1675 del Código de Portugal, los 3269 y 3270 del de Méjico y 1558 del de Italia, todos los cuales se refieren al censo enfitéutico.

ARTÍCULO 1623

Los censos producen acción real sobre la finca gravada. Además de la acción real podrá el censualista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas, y de los daños é intereses cuando hubiere lugar á ello.

El censo es un derecho real, un derecho que sigue inseparablemente á la cosa sobre que se constituye, cualquiera que sea su poseedor. En su esencia no afecta á la persona por lo que, enejenada la finca á un tercero, el cedente queda libre del censo, y la carga pasa al cesionario como dueño ó poseedor del inmueble gravado, pues donde quiera que éste vaya le acompaña el censo que se le impuso.

Consecuencia, pues, de la naturaleza del censo, es la acción real que producen sobre la finca, que es siempre responsable al pago.

Pero aunque la finca responda del gravamen, su propietario, mientras lo sea, es quien tiene que abonar la pensión, que al fin representa una disminución en los frutos, ó una participación que en ellos se reserva el censualista. El propietario ó poseedor de la finca, precisamente por serlo, contrae la obligación de percibir de ella menos utilidad, dando al censualista la parte que legalmente le corresponde. De aquí nace la acción personal que puede ejercitarse contra el obligado, para el pago de

la pensión, ya sea el obligado el propietario actual de la finca en el momento de deducir la reclamación, ya lo fuese el propietario anterior, el que disfrutó la finca en la época en que se devengaron las pensiones que se reclaman, y percibió para sí su parte y la del censualista.

Al ejercitar esta acción personal, se reclamarán también los intereses procedentes, estipulados ó legales, y exigibles por haber incurrido en mora el deudor, y la indemnización en su caso por daños ó perjuicios. Esto último, es en cierto modo independiente, por lo que aun hallándose el censatario al corriente en el pago de las pensiones, cabe que proceda esa indemnización, y en tal caso, se ejercitará también acción personal contra aquel que con sus hechos ú omisiones produjo el daño ó el perjuicio, sea ó no sea actualmente el propietario del inmueble.

Cuando el censualista no pueda cobrar del deudor que dejó de ser censatario, pensiones anteriores no satisfechas, reclamará del propietario actual, pudiendo ejercitar al efecto la acción real correspondiente, pues aunque ese propietario no estuviese personalmente ligado al cumplimiento de la obligación, de este cumplimiento responde la finca que posee.

Téngase, sin embargo, en cuenta, que real ó personal la acción, tiene para su ejercicio un plazo determinado en el artículo 1966, núm. 3.°, como hemos hecho notar en el comentario del artículo 1620.

En perjuicio de un acreedor hipotecario ó censualista posterior, con título inscrito, sólo pueden reclamarse, con arreglo al art. 117 de la ley Hipotecaria, las pensiones correspondientes á los dos últimos años y parte vencida de la anualidad corriente, á menos de haberse asegurado oportunamente, ó con anterioridad á la inscripción hecha á favor del acreedor ó del censualista posterior y sobre la misma finca, el pago de mayor número de pensiones. El plazo debe contarse desde el momento de la reclamación por el primer censualista. Véase el comentario del artículo 1620.

Cuando proceda la acción personal para el pago ó cobro de

pensiones atrasadas, ¿puede el censualista, á su arbitrio, ejercitar la real contra el dueño actual del inmueble, ó ha de intentar primero la personal, y sólo la real cuando no dé aquélla resultado? ¿Es siempre personal la acción dirigida al cobro de pensiones?

El art. 1623 está redactado en sentido permisivo: al censualista corresponden ambas acciones; además de la real *puede* ejercitar la personal para el pago de pensiones atrasadas, y de los daños é intereses.

Pero la palabra *además*, puede interpretarse en otro sentido. La ley puede querer decir que para ciertas reclamaciones esenciales del censo, para hacer valer el derecho á él, ó á las pensiones en abstracto, que son su consecuencia, procede la acción real, y para el cobro de determinado número de pensiones atrasadas, y para obtener indemnización, la personal contra el obligado. Esta solución equivaldría á deducir que la finca no responde del pago de la pensión. Por otra parte, la acción personal sólo podría ejercitarse contra el obligado personalmente al pago de las pensiones, y nunca contra el propietario actual en cuya época tales pensiones no se devengaron, quedando en muchos casos indefenso el censualista á pesar de su derecho real, lo que es un absurdo.

No hay razón, pues, para abrigar duda alguna en esta cuestión. Al gravarse la finca con el censo, se grava precisamente con el pago de la pensión. Si la finca no respondiese de la pensión, no existiría verdadero gravamen real. La acción real es, pues, la lógica y natural para el cobro de las pensiones, pero además de ella puede el censualista ejercitar la personal á los efectos indicados en el art. 1623. Confirma esta indudable solución, el precepto de los artículos 1659 y 1664, en los que se prevé el caso de procederse por *acción real* contra la finca acensuada *para el cobro de pensiones*.

El censualista, por tanto, puede, si quiere, ejercitar desde luego la acción real para el cobro de las pensiones, sin obligación alguna de intentar antes la personal contra el que fué cen-

satario, pero ya dejó de poseer, ó aun contra el poseedor actual si él fuere el deudor; es potestativo en él hacer uso de la una ó de la otra, pudiendo convenirle la acción personal cuando pueda tener éxito satisfactorio y haya de desmerecer la finca si se ejercita la real. Ahora bien: si paga el poseedor actual de la finca acensuada pensiones debidas por un censatario anterior, justo y natural es que pueda reclamar después lo que abonó al que disfrutó la finca en el tiempo á que correspondiesen las pensiones.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Noviembre de 1896, declara que, aun cuando el censo produce acción real, la acción que se ejercita para el pago de las pensiones vencidas, *es personal*, como así expresamente lo declara el art. 1623, sin distinguir de casos ni situaciones.

La sentencia de 31 de Enero de 1903, vuelve á afirmar la naturaleza personal de la acción para reclamar las pensiones vencidas.

En ambas sentencias, el Tribunal Supremo no tuvo que resolver de frente la cuestión que entraña el art. 1623, sino que se trataba de decidir, en la primera, qué Juez debía considerarse competente en las acciones de cobro de pensión, y en la segunda, cuándo prescribía el derecho á reclamar las pensiones atrasadas, como puede verse en el comentario de los artículos 1615 y 1620. Pero no por ello es menos cierto que en ambas sentencias se afirma atrevidamente que la acción para el cobro de pensiones vencidas, es siempre personal.

Sentimos separarnos de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia. El art. 1623 no dice, como por incidencia se afirma en la primera de las citadas sentencias, que la acción que se ejercita para el pago de las pensiones vencidas sea siempre personal, sino que *además* de la acción real que es natural y propia del censo, *puede* utilizar el censualista la acción personal para el cobro de dichas pensiones, lo cual es muy distinto de lo que se afirma. La que procede siempre es la acción real, porque no sólo del derecho en abstracto á las pensiones, sino también de las

que determinadamente se adeuden, responde siempre la finca; pero como cobrar de ésta equivale á reducir la garantía, el Código concede, además, la acción personal contra el que retuvo en su poder las pensiones al poseer el inmueble y dejó de abonarlas. El precepto no tiene otra interpretación racional. Si al no poder pagar el personalmente obligado, no pudiese proceder el censualista contra la finca, ¿á qué quedaría reducido su derecho real de censo?

Pero no hay que esforzarse siquiera en dar razones. El mismo Tribunal Supremo tiene que rectificar su doctrina tan pronto como se plantee en su verdadero terreno la cuestión y se cite como uno de los fundamentos el art. 1659 del Código, que clara y terminantemente se refiere al caso de proceder por acción *real* contra la finca *para el cobro de las pensiones* vencidas.

Afirma la naturaleza real de la acción la Resolución de la Dirección general de los Registros de 1.º de Febrero de 1896.

Esto no obsta á los efectos de la prescripción de la acción, puesto que aun prescribiendo el derecho á determinado número de pensiones, el censo subsiste como derecho real sobre bienes inmuebles.

La jurisdicción ordinaria es la única competente en la cuestión civil relativa á la reclamación de pensiones de un censo, aunque aparezca redimido por la Administración. (Decreto-sentencia de 17 de Diciembre de 1907.)

El poseedor de fincas que paga la totalidad de las pensiones de un censo que afecta también á otros bienes, puede reclamar de los poseedores de estos bienes, por acción personal, el reintegro, á prorrata, de lo que pagó. (Sentencia de 3 de Julio de 1906.)

Códigos extranjeros.—Los arts. 2033 y 2034 del Código de Chile, y 1827 y 1828 del de Uruguay, exponen la doctrina de nuestro art. 1623, en la forma siguiente: «La obligación de pagar el censo sigue siempre al dominio de la finca acensuada, aun respecto de los cánones devengados antes de la adquisición de la finca, salvo siempre el derecho del censualista para dirigirse

contra el censuario constituído en mora, aun cuando deje de poseer la finca, y salva además la acción de saneamiento del nuevo poseedor de la finca contra quien haya lugar.» «El censuario no es obligado (personalmente) al pago del capital ni de los cánones devengados antes de la adquisición de la finca acensuada, sino con esta misma finca; pero al pago de los cánones vencidos durante el tiempo que ha estado en posesión de la finca es obligado con todos sus bienes.»

Estos artículos son el mejor comentario de nuestro artículo 1623.

ARTÍCULO 1624

El censatario no podrá pedir el perdón ó reducción de la pensión por esterilidad accidental de la finca, ni por la pérdida de sus frutos.

Los arts. 1624 ó 1627 se ocupan de la doctrina relativa á los daños que puedan sobrevenir en la cosa acensuada.

El 1624 se refiere á los casos más frecuentes y sencillos. En un año determinado se pierden los frutos. Por circunstancias diversas se esteriliza accidentalmente la finca. Son estos daños de carácter provisional y transitorio. La finca ha de volver á su estado normal. Y así como en caso de exceso ó abundancia, ó por grandes mejoras en la finca, no se aumenta el importe de la pensión, en el caso opuesto, no hay razón para conceder perdón ni reducción. El censo se impuso y aceptó bajo la base de una determinada pensión anual, hubiese muchos ó pocos frutos ó ningunos, y por un tiempo indefinido, en el que es natural se compensen unos años con otros. La disposición del art. 1624 es, pues, lógica, y su doctrina era la admitida en nuestro derecho anterior, como la más conforme con la naturaleza del censo.

El precepto legal no impide, sin embargo, que el censualista y el censatario pacten una cosa distinta al constituirse el censo, ó que, al ocurrir el daño, perdone el censualista el todo ó parte de alguna pensión.

Concuerda este artículo con el 1559 del Código de Italia y 1514 del de Venezuela.

Con relación al censo enfitéutico dispone lo contrario el artículo 3287 del Código de Méjico: si no hay frutos no se paga la pensión.

ARTÍCULO 1625

Si por fuerza mayor ó caso fortuito se pierde ó inutiliza totalmente la finca gravada con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión.

Si se pierde sólo en parte, no se eximirá el censatario de pagar la pensión, á no ser que prefiera abandonar la finca al censualista.

Interviniendo culpa del censatario, quedará sujeto, en ambos casos, al resarcimiento de daños y perjuicios.

ARTÍCULO 1626

En el caso del párrafo primero del artículo anterior, si estuviere asegurada la finca, el valor del seguro quedará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, á no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, en cuyo caso revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas. El censualista podrá exigir del censatario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca.

ARTÍCULO 1627

Si la finca gravada con censo fuere expropiada por causa de utilidad pública, su precio estará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, quedando éste extinguido.

La precedente disposición es también aplicable al caso en que la expropiación forzosa sea solamente de parte de la finca, cuando su precio baste para cubrir el capital del censo.

Si no bastare, continuará gravando el censo sobre el resto de la finca, siempre que su precio sea suficiente para cubrir el capital censual y un 25 por 100 más del mismo. En otro caso estará obligado el censatario á sustituir con otra garantía la parte expropiada, ó á redimir el censo, á su elección, salvo lo dispuesto para el enfitéutico en el art. 1631.

Ya no se trata en estos artículos de un daño accidental y transitorio, sino de un daño permanente que influye en el valor de la finca, haciendo que se pierda ó inutilice en todo ó en parte, que desaparezca el objeto gravado, ó que desmerezca en su valor y productos.

El Código distingue estos dos casos que forzosamente deben motivar soluciones distintas. Nos ocuparemos de uno y otro supuesto con separación.

I.—*Pérdida total de la finca.*

Puede sobrevenir, ya por fuerza mayor ó caso fortuito, ya por culpa del censatario, ó lo que es lo mismo, ya por una causa extraña á la culpa ó voluntad del censatario, ya por el dolo, la culpa ó la voluntad de éste.

a) *Pérdida total de la cosa por fuerza mayor ó caso fortuito.*—Con las palabras fuerza mayor ó caso fortuito, empleadas en el párrafo primero del art. 1625, alude la ley, como hemos dicho antes, á toda causa independiente de la voluntad del censatario, de toda culpa por su parte. No hay más remedio que admitirlo así, no sólo porque el Código no contrapone más que el caso fortuito y la culpa, sin hacer otras distinciones, sino porque en realidad toda causa extraña, digámoslo así, al censuario, exige jurídica y racionalmente la misma solución, y porque todas esas causas pueden reducirse á un caso fortuito, ó á una fuerza mayor.

La huerta se pierde en una inundación, el bancal desaparece en un terremoto, la casa se incendia, el edificio se desploma y

se convierte en ruinas. Si la pérdida ó inutilización es total, falta la finca, el objeto sobre que recae el derecho, y el censo se extingue por completo. Pierde, pues, el censualista tanto las pensiones como el capital, y pierde el censatario cuanto pudiera corresponderle.

La solución es justa. Al faltar todo, el censualista no puede exigir nada. La finca, el capital y las pensiones, la cosa y su gravamen, formaban un todo inseparable. Si mucho pierde el censualista, mucho pierde también el censatario. Es la aplicación á los censos de la doctrina general relativa á la extinción de los derechos reales, por la pérdida del objeto sobre que gravaban.

Cuando la pérdida fué total, el censo no revive; nada quedaba y sobre nada puede ya alegar derecho el censualista.

Puede ofrecer duda el caso de incendio ó hundimiento de los edificios. En estos casos, quedarán los cimientos, el suelo y aun algunos materiales. ¿Debe considerarse la pérdida total ó parcial? El art. 1626 supone lo primero al ocuparse del caso de hallarse asegurada la finca y referirse al párrafo primero del 1625 que trata únicamente de la pérdida ó inutilización total. Y sin embargo, es evidente que algo queda de lo gravado, la parte principal, si se atiende á la doctrina de la accesión. Y no hallamos razón para suponer que la ley no sólo se refiere al caso en que fuese gravado únicamente el edificio con independencia del suelo, porque ni eso es lo natural, ni se expresa en el art. 1626, ni había de legislarse para un caso de excepción, desentendiéndose de lo ordinario y general.

El art. 1626, precisamente con relación al caso de perderse ó inutilizarse totalmente la finca por caso fortuito ó fuerza mayor, determina que si estuviese asegurada, el censatario puede elegir entre invertir el valor del seguro en la reedificación de la finca ó pagar con la indemnización que reciba, el capital del censo y las pensiones vencidas. Al efecto, declara la ley que el valor del seguro queda afecto á dicho pago, y una vez hecho éste, el censo se extingue, entregándose al censatario el resto

de la indemnización abonada por el asegurador. Es, pues, indiferente, cuando la finca está asegurada, que la destrucción total del edificio por incendio ú otro accidente, se entienda pérdida total ó parcial.

Si el censatario prefiere destinar el valor del seguro á al reedificación de la finca, palabras que indican que se trata de edificios ó fincas urbanas, el censualista no puede oponerse, pero el censo ya extinguido por la pérdida del objeto revive con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas, y el censualista puede exigir del censuario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca.

¿Cómo ha de entenderse este último párrafo del art. 1626? ¿Quiere la ley que hasta tanto que se verifique la reedificación, el censatario preste garantía que asegure que en efecto va á emplearse en ese objeto el valor del seguro?, ¿ó quiere que una vez hecha la reedificación se haga un nuevo seguro sobre la finca para evitar que sobrevenga igual contingencia y se pierda ó inutilice en definitiva y sin compensación? Sánchez Román acepta como indudable esta última solución. Sin embargo, las palabras de la ley indican lo contrario.

Ya cuidarán los interesados de que la nueva finca se asegure de incendios ú otros peligros, y si no lo hacen, y sobreviene perjuicio, suya será la culpa. Lo que la ley quiere que se asegure es la inversión del valor entregado por el seguro anterior, en la reedificación de la finca, cosa natural y justa, porque declarándose afecto ese valor al pago del capital y pensiones del censo, sería absurdo dejar en poder del censatario el importe de la indemnización bajo pretexto de reedificar, sin garantía alguna en favor del censualista para responder de que en efecto se invertiría el dinero en la reedificación.

El art. 1627 se ocupa de otro caso especial relacionado con la pérdida total de la finca. Esta puede ser expropiada por causa de utilidad pública, y la expropiación puede comprender todo el inmueble ó una parte mayor ó menor del mismo. Expropiado un edificio para la apertura de nuevas calles, ó una finca

rústica para la construcción de un ferrocarril, una carretera ó un canal, si la expropiación es total, la cosa deja de ser susceptible de propiedad privada, y el censo consignativo que gravaba el edificio, ó el censo reservativo ó enfitéutico que gravaba el terreno, se extingue. Pero á la finca sustituye su precio, y como en el caso del seguro, la ley declara afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, dicho precio. Se abonará, pues, en primer término, al censualista, el importe de todos sus derechos y lo que sobre del precio se entregará al censatario.

En nada afecta al censo la venta judicial de la finca gravada, cuando se procede por deudas personales y aun aseguradas con hipoteca inscrita con porterioridad al censo. La finca pasa con el gravamen al comprador, ó en su caso, al adjudicatario.

Si la hipoteca fué inscrita con anterioridad, el acreedor goza de preferencia sobre el censualista, y á éste se abonará el capital del censo y las pensiones vencidas hasta donde alcance el precio de la venta ó de la adjudicación, después de pagado por completo el acreedor.

Acensuada una finca sujeta á condición resolutoria, y extinguido por cumplimiento de la condición el derecho del constituyente, queda también extinguido el censo, sin perjuicio de las acciones personales que pueden quedar, según la clase del censo, y las circunstancias de la constitución al censualista ó al censuario, y de lo dispuesto en su caso, ó con relación á terceros, en los artículos 36 y 37 de la ley Hipotecaria.

Si la condición resolutoria es posterior á la constitución del censo, su cumplimiento no influye en la existencia de ese derecho, porque ya afectaba á una finca gravada y no á una finca libre.

Por último, puede ocurrir que el censo se constituya sobre fincas que no pertencían en propiedad, sino sólo en posesión, al censualista que la transmite en el censo enfitéutico ó en el reservativo, ó al censatario en el consignativo. La presentación en tales casos del dueño legítimo, y el reconocimiento voluntario ó forzoso de su derecho, no puede menos de extinguir el

censo, á no proceder la prescripción, y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria. Véase el comentario de los artículos 1462 y 1949.

b) Pérdida total de la cosa por culpa del censatario.—El Código adopta la misma solución en este caso que en el anterior. Falta la finca, muere el censo. Pero como no es justo que el censualista sufra en este caso perjuicio alguno, añade una regla general: el censatario queda sujeto al resarcimiento de daños y perjuicios, daños que consisten en la pérdida del capital y de las pensiones vencidas, perjuicios que se representen por las pensiones que hubiera debido cobrar al subsistir el censo, y por las demás ventajas ó derechos que pudieran bajo el mismo supuesto corresponderle.

A la culpa, simples hechos ú omisiones del censatario, que denotan su falta de cuidado y diligencia, debe equipararse, con mayor razón, la voluntad ó intención del censatario y el dolo. La solución tiene que ser idéntica.

Los interesados, de común acuerdo, fijarán el importe de la indemnización ó constituirán nuevamente el censo sobre otros bienes del censatario. A falta de avenencia entre los interesados decidirán los Tribunales.

En su caso, el valor del seguro de la finca ó el precio de su expropiación, se destinará, no sólo al reintegro para el censualista del capital del censo y pensiones vencidas, sino también al resarcimiento de cuantos perjuicios se le hubiesen ocasionado.

II.—*Pérdida parcial de la finca.*

a) Pérdida parcial por fuerza mayor ó caso fortuíto.—El Código dicta una regla general en el párrafo 2.º del art. 1625, y una especial para el caso de expropiación contenida en los párrafos 2.º y 3.º del 1627.

La regla general es la siguiente: Si la finca se pierde sólo en parte, no se eximirá el censatario de pagar la pensión, á no ser que prefiera abandonar la finca al censualista.

Los artículos 151 y 132 de la ley Hipotecaria anterior, ocupándose de un supuesto análogo, determinan lo siguiente:

«Art. 151. Cuando una finca acensuada se deteriorare ó hiciere menos productiva por cualquier causa que no sea dolo, culpa ó la voluntad del censatario, no tendrá éste derecho á desampararla ni á exigir reducción de las pensiones mientras alcance á cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose dichos réditos al mismo tanto por ciento á que estuviere constituído el censo. Si el valor de la finca se disminuyere hasta el punto de no bastar el rédito líquido de él para pagar las pensiones del censo, podrá optar el censatario entre desamparar la misma finca, ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporción al valor que ella conservare.»

«Art. 152. Si después de reducida la pensión de un censo con arreglo á lo prevenido en el segundo párrafo del artículo anterior, se aumentare por cualquier motivo el valor de la finca acensuada, podrá exigir el censualista el aumento proporcional de las pensiones, pero sin que excedan en ningún caso de su importe primitivo.»

Con relación á estos artículos, decíamos en la anterior edición del presente tomo:

¿Puede hoy sostenerse en todo ó en parte la doctrina de la ley Hipotecaria? ¿Deben entenderse subsistentes, modificados ó derogados sus preceptos por el Código civil?

La vigencia íntegra de los artículos 151 y 152 de dicha ley, no puede sostenerse de ningún modo. Sostener su vigencia parcial ó limitada á supuestos no comprendidos expresamente en el art. 1625 del Código, sería fijarse de un modo exclusivo en la letra de la ley sin penetrarse del verdadero sentido de sus palabras, sin investigar su alcance, sin conocer su espíritu. En nuestra opinión, los arts. 151 y 152 de la ley Hipotecaria, han sido derogados totalmente por el Código civil.

El criterio del Código es opuesto por completo á la reducción de las pensiones como derecho del censatario, por eso no apa-

rece esa solución en ninguno de los artículos que se ocupan en general de los daños que puede experimentar la finca (1624 al 1627), ni en los especiales relativos á los censos reservativo y consignativo (1659, 1660 y 1664), y sólo en un caso especialísimo se concede ese derecho en el censo enfitéutico (art. 1631). No es que los autores del Código no hayan pensado en ese recurso más ó menos justo, en esa más ó menos adecuada solución; es que no han creído conveniente su establecimiento como un derecho del censatario. De acuerdo con el censualista, puede llegarse á la reducción de la pensión; contra su voluntad, por regla general, nunca.

Lo mismo en el caso de pérdida total de la finca, que en el de pérdida parcial, el Código sólo se ocupa de dos supuestos: la culpa del censatario y el caso fortuíto ó la fuerza mayor. La culpa comprende racionalmente el dolo y la voluntad del censatario. El caso fortuíto ó la fuerza mayor tiene que comprender toda causa que no sea la voluntad, el dolo ó la simple culpa del censatario mismo. La disminución gradual por naturaleza de las fuerzas productivas de la finca ó el deterioro natural de la misma, que, tomados de la ley Hipotecaria, se citan como extraños en parte á los supuestos del Código, son hechos esencialmente iguales, porque para el censatario, que de ningún modo puede evitarlos, representan siempre un caso de fuerza mayor, comprendido, sin género alguno de duda, en los párrafos 1.° y 2.° del art. 1625. ¿Puede exigirse del legislador que emplee siempre las mismas palabras para expresar su idea ó descienda á exponer detalladamente cuantos hechos estima comprendidos en un concepto general? ¿Cabe soñar que la ley adopte una solución para el caso fortuíto ó la fuerza mayor, y otra distinta para el deterioro natural de la finca ó la disminución gradual de sus fuerzas productivas?

Si atendemos, no á las palabras de la ley, sino á su concepto, no á su letra, sino á su espíritu, no tendremos más remedio que admitir que los supuestos que distingue la ley Hipotecaria, son esencialmente los mismos que se separan en el Código civil, y

siendo las soluciones diferentes, habremos forzosamente de deducir que unas y otras no pueden juntas conservarse, que unas ú otras tienen que desaparecer, y en tal conflicto, es ineludible sacrificar los arts. 151 y 152 de la ley Hipotecaria, ante el texto claro y expreso del 1625 del Código civil.

Nada significa que el Código respete en general la vigencia de la ley Hipotecaria, y ordene expresamente que ésta rija en lo relativo á la naturaleza, forma y efectos de la inscripción, ó á la extensión, requisitos y efectos de la hipoteca. Se trata en los arts. 151 y 152 de preceptos de naturaleza civil, propios del Código, de derechos regulados por éste de un modo distinto, y su doctrina, como posterior, y dictada dentro de su propia esfera de acción, no puede menos de ser preferente. Siempre que una ley posterior contradice lo dispuesto sobre la misma materia y caso en otra anterior, la derogación es evidente. Este es el caso en que nos encontramos.

La ley Hipotecaria anterior ha sido reformada, y en la vigente de 16 de Diciembre de 1909 no aparecen los arts. 151 y 152 antes transcritos. El legislador, fundado indudablemente en las razones expuestas, ha estimado que dichos artículos no tenían ya razón de ser, y que en la materia que examinamos rigen exclusivamente los preceptos del Código civil.

Cuando una finca gravada con censo se pierda ó inutilice en parte, se deteriore ó haga menos productiva, por caso fortuíto ó fuerza mayor, por cualquiera causa en suma que no sea dolo, culpa ó la voluntad del censatario, éste no puede, pues, legalmente, exigir en caso alguno la reducción de la pensión. Su derecho consiste únicamente en abandonar la finca al censualista, si no quiere ó no puede seguir pagando la pensión por entero. Esto no obsta á que, voluntariamente, censualista y censatario acuerden la reducción de las pensiones, ó adopten una distinta solución.

No hay precisión de investigar ni probar si queda ó no á la finca valor ó producto bastante para cubrir ó pagar la pensión. Reste lo que reste, el censatario apreciará mejor que nadie su

situación, y cuando llegue el día en que entienda que no le conviene seguir pagando íntegramente la pensión, porque la finca no produce lo bastante para ello, ó porque su escasa ganancia no compensa su trabajo, ó porque le parezca exigua, tiene el derecho de dimitir la finca, de abandonarla al censualista, para que éste la cuide, ó la arriende, ó la venda, ó haga de ella el uso que mejor le parezca. El abandono representa, por tanto, la extinción del censo.

Los términos absolutos con que se expresa el art. 1625 no permiten otra solución. Podrá decirse que con ella se erige el abandono de la finca, y con él la extinción del censo, en un derecho del censatario; pero aparte de que la ley exige que el inmueble se haya perdido ó inutilizado en parte, existe el interés del mismo censatario, que sólo acudirá á tan extremo remedio, cuando realmente no pueda pagar con algún desahogo la pensión, caso en el que la solución es justa, porque por mucho que pueda perder el censualista, más pierde el censatario á quien nada resta. Por lo demás, de común acuerdo puede escogerse otro remedio, y cuanto más valor reste á la finca, más ventajosa será para el censualista la cesión.

Como dijimos, los párrafos segundo y tercero del art. 1627, legislan para un caso especial.

Expropiada solamente una parte de la finca gravada, la ley distingue.

Si el precio entregado por la expropiación basta para cubrir el capital del censo, queda afecto al pago del mismo, y el censo se extingue. Es una especie de redención forzosa. Queda parte de la finca, el censo puede cont nuar; sin embargo, la ley pre fiere la extinción, y lo ordena. El precio, ó la parte de él que sea necesaria, se entrega al censualista. El resto de ese precio, y el resto de la finca como libre quedan para el censatario.

Ahora bien: si el precio no basta para el pago del capital, la ley vuelve á distinguir. Cuando el valor que quede al inmueble sea suficiente para cubrir el capital censual y un 25 por 100 más del mismo, el censo continúa gravando sobre el resto de la finca,

y el precio de la expropiación se entrega al censatario. Cuando el valor en venta de lo no expropiado no sea suficiente para ese fin, el censatario queda obligado á sustituir con otra garantía la parte expropiada, ó á redimir el censo, á su elección.

De común acuerdo pueden adoptarse soluciones distintas.

La sustitución de garantía es natural que se verifique con otra finca que quede también gravada con el censo, determinándose su parte de capital y de pensión. A la redención á su vez puede atenderse en parte con el precio de la expropiación. Pero si el censatario no puede redimir por completo, ni constituir aquella garantía, forzoso será acudir á otros medios. Lo más adecuado sería la extinción parcial del censo, la disminución de su capital y de su pensión, mediante una redención parcial forzosa.

Esta solución sería la más fácil y sencilla, y la más conforme con la doctrina de los párrafos primero y segundo del artículo 1627. Es triste y anómalo, que teniendo el censatario íntegro el valor de la finca con el precio que se le ha entregado por la expropiación, y con la parte no expropiada del inmueble, se le obligue á sustituir la garantía completándola, lo que tal vez no pueda, ó á redimir totalmente el censo, para lo que puede no tener bastante, y que por la mera circunstancia accidental de restar ó no en el inmueble expropiado un valor bastante á cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más del mismo, quede de hecho reducida la garantía, ó haya de sustituirse en todo cuanto falta, bajo la pena de redención. La finca vale 60, el capital del censo son 40, se expropia la tercera parte pagándose por ella 25, y sin embargo, se impone la última solución del art. 1627, y habiendo sobra de valores, puede no ser factible, ni la redención ni la sustitución de garantía, quedando todos en una difícil situación, si de común acuerdo no escogen remedio mejor. Cuando la sustitución no sea posible al censatario, habrá de vender la parte de finca no expropiada para poder llevar á efecto la redención.

No nos satisfacen las disposiciones del Código en caso de pér-

dida ó inutilización parcial del inmueble. Por una parte y en general, el medio de reducción de las pensiones puede ser conveniente en ciertas situaciones. Por otra, y con relación á la expropiación parcial, el criterio más ventajoso sería, en nuestra opinión, el de imponer la redención total siempre que el precio bastase para ello, y la redención parcial en otro caso, bajo una base proporcional.

A diferencia de lo dispuesto en el art. 1626, y en el párrafo primero del 1627, el párrafo segundo de éste, y el tercero por su relación con el segundo, nada hablan de las pensiones vencidas y no satisfechas. El censo se extingue cuando el precio de la expropiación baste para cubrir *el capital*. De aquí debe deducirse que en tal caso quiere la ley que el censo desaparezca, sin que por ello pierda el censualista su derecho al cobro de las pensiones que se le adeuden, pensiones que cobrará con el mismo precio de la expropiación si hubiere para ello, ó que exigirá del censatario, procediendo, á ser preciso, contra la parte no expropiada de la finca que habrá quedado en su poder.

Declara la Resolución de la Dirección general de los Registros de 11 de Diciembre de 1904, que en las fincas gravadas con censo, la expropiación debe entenderse con el propietario y con el censualista. La calificación de si lo que queda del inmueble es bastante para imponer sobre ella el censo, debe atribuirse también al censualista y al censatario, y por su falta de conformidad á los Tribunales.

Puede ocurrir que estuviese asegurada la finca que se pierde ó inutiliza en parte. La ley, dada la referencia que en el artículo 1626 se hace sólo al párrafo primero del art. 1625, no se ocupa de este supuesto, ó al menos así resulta de su texto. Parece, pues, en principio, que debe aplicarse la regla general; pero esto constituiría un grave perjuicio para el censualista, porque el censatario percibiría íntegro el valor del seguro, é inmediatamente después ó algún tiempo más tarde, abandonaría la finca casi arruinada ó perdida al censualista. La ley no puede querer tal cosa, y más bien debemos suponer que se trata de una omisión.

Creemos, aunque sólo podemos fundarnos en razones de analogía, que en el caso expuesto deben aplicarse los preceptos combinados de los arts. 1626 y 1627. Cuando el valor del seguro baste para cubrir el capital del censo, queda afecto á su pago, y el censo se extingue, á no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, ó repararla con los efectos que á este propósito asigna el art. 1626. Cuando no sea bastante, aparte el derecho de reedificación en el censatario, pueden adoptarse las soluciones establecidas en el último párrafo del art. 1627.

En este último artículo aparece por primera vez consignado el tipo que el legislador considera bastante como mínimum para que la finca garantice el censo, atendiendo, no á los productos de la cosa, sino á su precio ó valor, que debe ser á lo menos suficiente para cubrir el capital censual y un 25 por 100 más del mismo. Contrasta este tipo con el que se fija en el art. 383 de la ley Hipotecaria al tratar del derecho de exigir la división del capital del censo entre las varias fincas gravadas, ya que en él se preceptúa que cada finca debe bastar para responder, á lo menos, de un triplo del capital que se le asigna. Como estos dos preceptos se aplican á casos completamente distintos, pueden subsistir con independencia. La ley Hipotecaria se refiere á censos antiguos, censos consignativos en los que á veces la garantía valía cien veces más que el capital, y á censos normales, en los que no hay que extremar la reducción, y aun exigía ese tipo mientras fuese posible. El Código civil se aplica á censos modernos, y á casos excepcionales en que la finca gravada se ha perdido ó inutilizado en parte, casos en los que una extrema exigencia equivaldría á veces á exigir un imposible.

En el caso de proceder el abandono de la finca por su pérdida ó inutilización parcial, si sobre ella existiesen gravámenes impuestos por el censatario con posterioridad á la constitución del censo, debe en primer término reintegrarse el censualista de su capital y de las pensiones vencidas hasta el límite que respecto á éstas marca el art. 117 de la ley Hipotecaria, y si resta algún valor al inmueble abandonado, ese exceso será lo único

que puede corresponder á los poseedores de tales gravámenes, todo sin perjuicio de los efectos asignados á la inscripción.

b) Pérdida parcial de la finca por culpa del censatario.—Con arreglo al último párrafo del art. 1625, cuando interviene culpa del censatario, queda sujeto al resarcimiento de daños y perjuicios, ya fuese total ó parcial la pérdida de la finca.

En principio, pues, las soluciones legales son las mismas examinadas antes; pero procediendo siempre, además, dicha indemnización.

El art. 150 de la ley Hipotecaria anterior dictaba la siguiente regla: «Siempre que por dolo, culpa ó la voluntad del censatario, llegase la finca acensuada á ser insuficiente para garantizar el pago de pensiones, podrá exigir el censualista á dicho censatario, que, ó imponga sobre otros bienes la parte del capital del censo que deje de estar asegurado por la disminución del valor de la misma finca, ó redima el censo mediante el reintegro de todo su capital.»

Este artículo, como los 151 y 152 de la misma ley antigua, á que antes nos referiamos, ha sido suprimido en la ley Hipotecaria vigente. Subsistían, en efecto, las mismas razones en que antes nos apoyábamos, para sostener que en esta materia sólo podía regir la doctrina del Código civil.

Como regla general, pues, y prescindiendo ahora de los preceptos especiales de los artículos 1660 y 1664, en sus relaciones con el 1659, al perderse ó inutilizarse en parte la finca acensuada, por dolo, culpa ó voluntad del censatario, quede ó no de ella lo bastante para garantizar el pago de las pensiones, el censatario seguirá satisfaciendo íntegra la pensión, á no ser que prefiera abandonar la finca al censualista; pero aparte de esto, queda sujeto siempre á la indemnización de los daños y perjuicios que ocasione. Nada obsta á que esta indemnización se asegure completando la garantía, ó imponiendo sobre otros bienes la parte no garantida, tanto del capital ó de las pensiones vencidas, como del importe de los daños y perjuicios que deben resarcirse. También puede escogerse el medio de la redención,

pero no como derecho del censualista, y siempre bajo la base de poder exigirse además la indemnización.

En los supuestos de los últimos párrafos del art. 1627, se aplicará éste, pero completándose su doctrina con lo preceptuado sobre resarcimiento de daños y perjuicios en el 1625.

Ha de tenerse presente en este lugar, que con arreglo al artículo 1648, núm. 2.°, cae la finca en comiso por deteriorar gravemente la finca el enfiteuta. En el comentario de dicho artículo lo relacionaremos con el precepto del art. 1625.

III.—*Derecho transitorio.*

Los arts. 150 al 152 de la ley Hipotecaria anterior, han desaparecido, como hemos dicho, en la nueva ley. Sin embargo, constituyen el derecho anterior en la materia. El Código sólo legisla sobre los censos constituídos con posterioridad, á su publicación, puesto que expresamente no se refiere, ni nada determina sobre los constituídos con anterioridad. Existen muchos en estas condiciones, y pueden subsistir largo tiempo, dada la naturaleza de los censos. Al experimentar daño, en tales censos anteriores al Código, las fincas acensuadas, ¿deben aplicarse los preceptos de la ley Hipotecaria ó los del Código civil? ¿Podrá el censatario exigir, por ejemplo, la reducción de las pensiones?

Creemos que debe aplicarse la disposición segunda transitoria, pero estimando que el censatario, por el mero hecho de la constitución del censo, no tenía realmente adquiridos los derechos que se establecen en los citados artículos de la ley Hipotecaria, que esos derechos sólo nacen y sólo pueden ejercitarse al ocurrir los daños en la finca acensuada, y que la fecha del daño es, por tanto, la que determina si deben aplicarse los preceptos de dicha ley ó los de los artículos 1625 al 1627 del Código civil.

Códigos extranjeros.—Aunque sin hacerse cargo del supuesto de intervenir culpa del censatario, concuerdan con nues-

tro artículo 1625 los 1560 del Código de Italia y 1515 del de Venezuela.

Según el Código de Chile, arts. 2041 y 2035, y el de Uruguay, artículos 1835 y 1829, el censo se extingue por la destrucción completa de la finca, considerándose destrucción completa la que hace desaparecer totalmente el suelo; reapareciendo el suelo, aunque sólo sea en parte, revive todo el censo. En caso de pérdida parcial, el único derecho del censatario es el abandono de la finca, procediendo indemnización de perjuicios si medió culpa.

Los artículos 1687 y 1688 del Código de Portugal concuerdan con los párrafos 1.º y 2.º del 1625 del nuestro; pero autoriza el 1688 la reducción de pensiones.

Por último, se ocupan de esta materia en el Código de Méjico, con relación al censo enfitéutico, los artículos 3284 y 3285, y con relación al censo consignativo, los artículos 3230 al 3238.

Los artículos 1626 y 1627 de nuestro Código no tienen, en general, concordantes. El 1960 y siguientes del de Méjico, en relación con el 3230, se ocupan del supuesto de hallarse asegurada la finca.

CAPITULO II

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES RELATIVAS Á LA ENFITEUSIS

ARTÍCULO 1628

El censo enfitéutico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública.

Dos requisitos imprescindibles exige el art. 1628 para la constitución del censo enfitéutico: 1.º Bienes inmuebles. 2.º Escritura pública. La permanencia del censo, y las complicadas relaciones que origina, explican la razón de tales exigencias.

Nos ocuparemos separadamente de uno y otro requisito.

I.—*Bienes inmuebles.*

El censo enfitéutico ha de establecerse sobre bienes inmuebles. ¿Qué significación da la ley á esta palabra? Bienes inmuebles, con arreglo al art. 334 del Código, son lo mismo las tierras y edificios, que los abonos, las estatuas, los viveros, los frutos unidos al árbol y los derechos reales sobre esos mismos bienes inmuebles. ¿Puede constituirse el censo enfitéutico sobre estatuas, abonos, frutos, etc.? No juzgamos admisible esta solución. El Código se refiere indudablemente á bienes inmuebles por su propia naturaleza, no por su destino ó incorporación á otros, ni por ficción. Se emplea en el art. 1628 más bien el sentído vulgar de la palabra inmuebles, que el legal. Aunque así lo dicta la razón, lo prueba también el mismo Código. En el art. 1629, que es sólo un complemento del que nos ocupa, y aun en el 1661, con relación al censo reservativo, en el que el legislador se muestra menos exigente, se requiere la valoración *de la finca* sobre que el censo se constituye, y como ya no se habla de bienes inmuebles en general, y como no puede suponerse que se exija esa valoración que ha de constituir el capital del censo, cuando se trate de fincas, y no cuando se trate de otros bienes inmuebles, debemos deducir que la ley, en el art. 1628, emplea la frase bienes inmuebles más en sentido vulgar que legal, atendiendo sólo á las cosas que por su propia naturaleza merecen esa denominación. A las *fincas* gravadas con el censo, se refieren los artículos 1617 á 1619, 1622 al 1627, 1630 y siguientes, y en general todos los que de los censos se ocupan, empleándose alguna vez la palabra predio.

Aceptada esta solución, el censo enfitéutico sólo podrá constituirse sobre fincas propiamente dichas, pero no sobre derechos reales distintos al dominio de las mismas. El censo enfitéutico, no se podrá constituir en lo sucesivo sobre otro censo, ni sobre un usufructo, ni sobre una hipoteca. ¿Admitiremos esta deducción? La consideramos desde luego cierta y conveniente.

A nada conducen innecesarias complicaciones de derechos, ni en todos los derechos reales es llano hacer el deslinde debido entre los dominios directo y útil, ni en la palabra finca cabe comprender más derechos reales que el de propiedad de las mismas.

Los derechos reales de usufructo, uso, habitación, hipoteca ó anticresis, derecho de retraer ó arrendamiento inscribible, no se prestan por su carácter transitorio y temporal, á que sobre ellos se imponga un censo cuya naturaleza es relativamente perpetua. La servidumbre y el censo mismo tienen carácter permanente; pero la servidumbre es inseparable de la finca á que afecta, y, aparte su escaso valor, de nada aprovecharía al censualista, en caso de comiso ó abandono del derecho, soluciones imposibles en tales circunstancias. Tampoco se aviene bien en un Código que prohibe la subenfiteusis, la permisión de imponer un censo sobre otro censo, que puede producir consecuencias análogas. Sobre todo, aquí no caben distinciones más ó menos sutiles. No cabe suponer la posibilidad de constituir el censo enfitéutico sobre otro censo ó un usufructo, y no sobre una hipoteca, una servidumbre ó una anticresis. Hay que excluir todos los derechos reales ó ninguno. Propiamente, los derechos reales no son fincas.

¿Debe ser fructífera ó susceptible de producir utilidades ó frutos la finca sobre que se imponga el censo? La ley no lo exige. Los artículos 1627 y 1660 prueban que, más que á los frutos, la ley atiende al valor de la finca, valor que se ha de fijar al constituir el censo, y que representa el capital que se entrega al censatario. Una finca no puede menos de tener algún valor, que de ordinario se relaciona con sus productos. El interés mismo del censatario impedirá siempre, por otra parte, que el censo enfitéutico se constituya sobre fincas que, ó nada valen, ó nada pueden producir.

El censo enfitéutico de ordinario se constituye sobre fincas rústicas; nada obsta, sin embargo, á que se establezca sobre fincas urbanas.

El censo puede constituirse sobre varias fincas, ó sobre una sola, ó una participación indivisa de la misma.

Una variedad del censo enfitéutico es el llamado censo por razón de superficie, que consiste en el derecho de exigir una pensión por la concesión de construir un edificio, ó hacer plantaciones en terreno propio del censualista. El dominio útil del censatario recae, en tal caso, sobre la superficie solamente, esto es, sobre lo plantado ó edificado. De este censo es una forma el establecimiento á primeras cepas, de que se ocupa el artículo 1656.

Análoga á la enfitéusis, es también la institución de los foros. Véanse sobre estos derechos los artículos 1611 y 1655.

II.—*Escritura pública.*

El segundo requisito exigido en el art. 1628 es que el censo enfitéutico se constituya por escritura pública.

La ley obedece á la conveniencia de revestir la constitución del censo de las mayores condiciones posibles de permanencia, autenticidad y acierto, evitando en el porvenir confusiones, dudas y litigios. La naturaleza del censo enfitéutico así lo exige. Derecho que ha de subsistir por tiempo indefinido, no debe quedar sujeto y abandonado á simples convenciones verbales ó informales documentos privados. Es natural que mueran los otorgantes y testigos, siendo sustituídos por otras personas, tanto el censualista como el censatario, y que, no obstante, continúe el censo. Se trata, además, de la creación de relaciones complicadas y difíciles, y deben evitarse redacciones impropias, oscuras ó confusas, que originen pleitos y cuya autenticidad pueda ponerse alguna vez en duda.

Al exigir el art. 1628 el requisito de la escritura para el establecimiento del censo enfitéutico, se refiere, evidentemente, á la constitución de este derecho en virtud del contrato, que es, en verdad, el ordinario y normal. La ley no pretende con ello negar que pueda constituirse el censo en otra forma, y en estos

casos se exigirán los requisitos necesarios para el testamento ó la donación, formas, en verdad, impropias para la constitución de este censo, ó para la adquisición de los derechos reales en virtud de prescripción.

La adquisición por prescripción del derecho de censo supone la preexistencia de éste en un dueño legítimo, y, por tanto, su previa constitución por contrato.

Antes de regir el Código, hay que confesar que la constitución del censo enfitéutico se verificaba ordinariamente en virtud de escritura pública. Los interesados comprendían, sin duda, que un derecho tan permanente exigía, para luchar con el tiempo, ese requisito.

Sin embargo, la escritura pública no era legalmente necesaria. Con arreglo á la ley 3.ª, tít. 14, Partida 1.ª, en relación con la 28, tít. 8.º, Partida 5.ª, bastaba que la constitución de censo enfitéutico constase por escrito. Con arreglo al Ordenamiento de Alcalá, ni aun eso: de cualquier manera que apareciese que una persona quiso obligarse, quedaba obligada.

Á los efectos de la inscripción en el Registro de la propiedad, es claro que era siempre necesario el otorgamiento de escritura pública.

Efectos de la declaración del art. 1628. — El precepto del artículo 1628 es marcadamente prohibitivo. El censo enfitéutico no constituído precisamente por escritura pública, y sobre fincas ó bienes inmuebles por naturaleza, no es sólo anulable, es nulo desde luego, no existe, no queda establecido. En todo tiempo puede reclamarse la nulidad por cualquiera de los interesados, sus herederos ó sucesores.

No se trata de meras condiciones formales, sino de esenciales requisitos, indispensables para la existencia del censo enfitéutico. En relación la exigencia de la escritura pública con los preceptos de los arts. 1254, 1279, etc., deben entenderse aquí reproducidas todas las razones que alegamos al ocuparnos de esta cuestión en la materia de capitulaciones matrimoniales, al comentar el art. 1321, para deducir que en el caso del 1628 la

escritura pública no es el cumplimiento de una mera formalidad á la que puedan compelerse las partes, sino uno de los requisitos que en el censo enfitéutico son indispensables para la validez del acto ó contrato.

El precepto del art. 1628 es digno de alabanza. Aun los que consideren que el Código español no debió legislar sobre el censo enfitéutico no podrán menos de reconocer que, admitida esta especie de censo en nuestro derecho, el art. 1628 impone dos limitaciones oportunísimas y justas, que han de hacer desaparecer para el porvenir muchos de los inconvenientes que al censo enfitéutico se señalan, y muchos de los perjuicios que su larga duración, hoy también limitada ocasionaba á la propiedad.

Inscripción en el Registro de la propiedad.—El censo enfitéutico, como derecho real sobre bienes inmuebles, es inscribible. La inscripción en el Registro de la propiedad no es, como sabemos, directamente obligatoria. La naturaleza del censo hace, sin embargo, que de ordinario se inscriba. Ningún derecho, exige, con mayor razón que éste, el cumplimiento de ese requisito. Su larga duración puede dar lugar á conflictos de derecho entre terceros, y en esas relaciones, la falta de inscripción puede significar la desaparición del censo. Comprendiéndolo así, los interesados, al establecerse en 1768 las Contadurías de hipotecas, se apresuraron á pedir la toma de razón de sus títulos, ó á inscribir cuantos censos se constituían. Cuadernos hay de dicha procedencia en los que apenas si existen más que asientos de censos nuevos ó antiguos, si bien hay que confesar que, en su inmensa mayoría, no se trata de censos enfitéuticos.

La ley Hipotecaria, en su art. 228, dispuso que la primera inscripción que se extendiese en los libros modernos con relación á cada finca, fuese de propiedad, de la suma de todos los derechos sobre los inmuebles, y no de limitaciones del dominio ó derechos reales. Suscitóse entonces la cuestión de si á los efectos de dicho artículo debía considerarse en el censo enfitéutico, como primordial, la inscripción del dominio directo, ó la del dominio útil.

Los Sres. Galindo y Escosura, muestran claramente su criterio en esta cuestión, en las siguientes palabras: «Considerar el dominio directo como accesorio del útil, hacer depender la inscripción de aquél de la de éste, es contradecir la naturaleza de ambos dominios. El directo es el verdadero dominio; de él se disgrega el útil, jamás del útil el directo; por eso debe el directo inscribirse con independencia del útil, y sin sujetarse á que primero se inscriba éste, porque puede subsistir sin él; por eso el útil se ha de referir al directo, porque es parte de aquél: eldueño del dominio útil puede cometer faltas por las que lo pierda y vuelva á reunirse al directo; mientras que el señor de éste no puede cometer ninguna por la que lo pierda y pase á confundirse con el útil.»

No está bien planteada la cuestión. Del dominio directo no se disgrega el útil, sino que uno y otro nacen del dominio pleno, que al descomponerse, produce dos derechos distintos sobre la finca, ambos independientes ó con vida propia, aunque ligados entre sí, y ambos nacidos al mismo tiempo. Por otra parte, de la voluntad del censatario ó enfiteuta depende el quitar de enmedio, más ó menos tarde, el dominio directo, mediante la redención, mientras que el dueño directo, por su voluntad nunca puede librarse del dominio útil.

Es cierto que el propietario absoluto del inmueble fué en principio el que es luego dueño directo, pero cierto también que al transmitir una gran parte de sus derechos dejó de ser tal propietario, y lo que hay que decidir es si con relación á la finca, que es la unidad para el registro, debe entenderse el dominio útil una carga ó derecho, ó si más bien el derecho real y la carga se hallan representados por el dominio directo.

Hoy es lo cierto que el dominio directo está reducido al derecho de percibir una pensión y al reconocimiento de determinadas facultades que no impiden que el dueño útil sea el que disfrute la finca y el que disponga de ella, sin perjuicio de haber de pagar esa pensión y de los derechos de tanteo, retracto, comiso, etc., que sólo representan una limitación de las facultades dominicales.

En el terreno de la realidad, como hemos dicho en otro lugar, no cabe duda de que la propiedad de la finca se halla representada por el dominio útil, mientras que el dominio directo sólo representa una limitación ó un gravamen sobre la finca afecta. Aplican esta doctrina la Real orden de 7 de Junio de 1866, y las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 6 de Junio de 1863, 29 de Enero de 1864, 10 de Noviembre de 1865, 29 de Julio de 1871, 4 de Enero de 1877, 14 de Abril y 26 de Diciembre de 1879, 27 de Julio y 6 de Octubre de 1880, y así se estableció en el art. 244 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria de Ultramar.

Sin embargo, el decreto de 21 de Julio de 1871 y el de 8 de Noviembre de 1875, permiten la inscripción del dominio directo sin que aun lo esté el dominio útil, si bien haciendo mención del derecho de los enfiteutas ó foreros.

En estas inscripciones puede considerarse por ficción legal como finca el conjunto de las que están afectas al gravamen, aunque sea un término municipal entero, excluyéndose las fincas urbanas.

Por último, la Real orden de 9 de Octubre de 1893, poniendo término á esta confusión, y como aclaración á los expresados decretos, permitió que la primera inscripción fuese del dominio directo ó del dominio útil, pero haciéndose mención en el asiento, del dominio que no fuese objeto principal del mismo.

Según el art. 8.º de la ley Hipotecaria reformada, de 16 de Diciembre de 1909, los treudos, servidumbres, censos y demás derechos de naturaleza real, con excepción del de hipoteca, cuando graven dos ó más fincas, podrán inscribirse en los Registros de la propiedad en hoja especial y bajo un solo número.»

«Se podrá igualmente inscribir con las mismas circunstancias y requisitos el dominio útil de las fincas referentes á los derechos mencionados en los párrafos anteriores.»

«Se estimará único el señorío directo, para los efectos de la inscripción, aunque sean varios los que á título de señores directos, cobren rentas ó pensiones de un lugar ó foral, siempre

que la tierra aforada no se halle dividida entre ellos, por el mismo concepto.

Véase además el comentario del art. 1655.

Códigos extranjeros.—El art. 1628 de nuestro Código concuerda con los 3222 y 3257 del Código de Méjico, y 1655, y 1664 y 1670 del de Portugal, que exige además la inscripción.

Aunque no con relación al censo enfitéutico, puesto que no se admite en los Códigos de Chile y Uruguay, dispone el primero de estos Códigos, en sus artículos 2024 y 2027, y el segundo, en los 1819 y 1821, para el censo en general, la escritura pública, su inscripción y la constitución precisa sobre fincas rústicas ó urbanas.

ARTÍCULO 1629

Al constituirse el censo enfitéutico se fijará en el contrato, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse.

ARTÍCULO 1630

Cuando la pensión consista en una cantidad determinada de frutos, se fijarán en el contrato su especie y calidad.

Si consiste en una parte alícuota de los que produzca la finca, á falta de pacto expreso sobre la intervención que haya de tener el dueño directo, deberá el enfiteuta darle aviso previo, ó á su representante, del día en que se proponga comenzar la recolección de cada clase de frutos, á fin de que pueda por sí mismo, ó por medio de su representante, presenciar todas las operaciones hasta percibir la parte que le corresponda.

Dado el aviso, el enfiteuta podrá levantar la cosecha, aunque no concurra el dueño directo ni su representante ó interventor.

El contrato es la forma ordinaria de constitución del censo enfitéutico, y no hay que olvidar que el Código se ocupa de los

censos como uno de los varios contratos que puede crear la libre iniciativa individual. Esta es la causa de que el art. 1629 empiece diciendo que al constituirse el censo enfitéutico se fijarán en el contrato determinadas circunstancias, circunstancias que deben considerarse indispensables aunque el censo se constituya en otra forma ó por otro medio.

Bajo la base del art. 1628, el 1629 quiere significar que la escritura pública en que se constituya el censo, debe expresar bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse.

I.—*Valor de la finca.*

Puede parecer extraño que se exija la valoración del inmueble, ya que en el censo enfitéutico se transmite el dominio útil de una finca, y es claro que el valor del dominio útil que se cede no es el de la finca, porque no vale lo mismo la propiedad libre, ó compensado el capital con la pensión, que la propiedad gravada con otras limitaciones, y los derechos del dueño directo, aparte la pensión, representan determinado valor que forzosamente disminuye la importancia de la cesión. Sin embargo, la ley claramente se refiere á la finca, ó considerando que en realidad se transmite al censatario el dominio de ella, ó queriendo simplificar todas las relaciones que de la valoración del derecho cedido se derivan, ó estimando, como creemos lo más cierto, que el valor de la finca representa el capital del censo constituído, y ese capital representa á su vez el precio ó equivalente de todos los derechos que se reserva el dueño directo.

En el censo reservativo también se valora la finca. Como en él se cede el dominio pleno de ella, y se cede libre en el momento de la cesión, puesto que el censo ó las pensiones son precisamente el precio ó equivalente de la transmisión, el valor de la finca es realmente el capital del censo, el importe justo de lo que el censatario recibe del censualista.

En el censo enfitéutico, la ley establece la misma regla como

la más sencilla. Al llegar la redención, ésta se efectúa, según el art. 1651, entregando en metálico y de una vez al dueño directo *el capital que se hubiese fijado como valor de la finca* al tiempo de constituirse el censo. Este precepto prueba la conveniencia de lo establecido en el art. 1629: no hay que investigar ni al constituirse el censo ni al redimirse, el valor que puedan representar los derechos de retracto, laudemio en su caso, comiso, etc., para deducirlo del capital al principio y aumentarlo al fin. En realidad, el dueño directo no da más que la finca, ni menos tampoco, y sólo puede reclamar su valor, por eso la finca se valora: en su valor están incluídos todos los derechos del dueño directo, ese es su capital, y no puede pretender otra cosa en el momento de la redención.

Esto nos prueba que al exigir el art. 1629, y lo mismo después con relación al censo reservativo el 1661, la valoración de la finca no tiene por fin establecer el valor del dominio útil ó del derecho que sobre la finca se cede, sino fijar el capital del censo, que es su equivalente, determinar el valor que se dió á todos los derechos que se reserva el censualista sobre el inmueble, para graduar con arreglo á él la pensión y facilitar en su día la redención.

La finca se valúa en el estado que se encuentre el día de su entrega ó de la constitución del censo. El aumento ó disminución que después pueda la finca experimentar es de cuenta del censatario, cede en su beneficio ó en su perjuicio.

En lo relativo al estado actual de la finca, hay que tener en cuenta, no sólo su estado material, sino también su estado jurídico. Las cargas, gravámenes ó limitaciones que ya tuviese el inmueble al constituirse el censo, influyen, desde luego, en su valor al tiempo de la cesión.

Puede ocurrir que el censo se constituya sobre varias fincas. En tal caso, aparte el valor total que representen, debe constar el de cada uno de los inmuebles, no sólo porque así cabe interpretar racionalmente el art. 1629 en ese caso, sino porque no hay que olvidar que con arreglo al espíritu del Código civil en

los artículos 1618 y 1619, y al de la ley Hipotecaria, cada finca viene á representar un censo distinto, una unidad indivisible á no intervenir después y nuevamente el censualista para autorizar la división y distribución.

La valoración de la finca ó fincas se hará, como determina en caso idéntico para el censo reservativo el art. 1661, por estimación conforme de las partes ó por justiprecio de peritos. En la estimación conforme de las partes debemos ver en esencia la conformidad de las mismas en cuanto al valor de la finca, ya se valúe por los interesados ó por terceras personas de su confianza, aunque no sean peritos. En el justiprecio por peritos cada parte nombrará el suyo, si no convienen en la designación de uno solo, y, en su caso, el tercero, á falta de acuerdo, puede ser designado por la suerte entre los propuestos al efecto.

II.—*Determinación de la pensión.*

Recordamos lo expuesto con relación á la pensión, en general, al comentar los artículos 1613 al 1616.

Bajo la base de la libertad completa de los interesados en cuanto al tipo, ó tanto por ciento de la pensión con relación al capital ó valor de la finca, y de lo establecido sobre la forma, plazo y lugar para su pago, el art. 1629 exige que en la escritura conste al menos la pensión que debe satisfacer anualmente el enfiteuta.

Cuando se constituya el censo sobre varias fincas, debe tenerse presente lo expuesto anteriormente para ese caso con relación al valor. A cada finca debe señalársele la pensión que determinadamente la afecte ó corresponda.

La pensión es un tanto por ciento del capital, mayor ó menor, á voluntad de las partes. Su fijación en la escritura consiste precisamente en expresar su importe anual, marcando una cantidad determinada de dinero ó de frutos, y en este caso, con arreglo al párrafo 1.º del art. 1630, su especie y su calidad, en evitación de toda duda y cuestión.

Aun marcado el importe y clase de la pensión anual, puede estipularse que se abone en plazos más breves ó mayores, según convenga á los interesados.

Uno de los modos de determinar la pensión consiste en la obligación de pagar por tal concepto el censatario una parte alícuota de los frutos: la sexta parte, la octava, la décima ó de seis una, de ocho una, de diez una, etc. Cuando el censualista debe percibir una cantidad determinada de dinero, 300 pesetas, ó el 3 por 100 del capital ó valor de la finca, ó una cantidad determinada de frutos, 20 fanegas de trigo candeal de primera clase, 40 arrobas de uva moscatel, etc., no necesita intervenir para nada en la administración de la finca ni en la recolección de los frutos; le es indiferente que produzca diez ó ciento, porque la pensión es independiente del producto. Pero si la pensión ha de consistir en una parte alícuota de los frutos, forzoso es que el censualista intervenga para conocer cuál es el total de frutos que la finca produce cada año. De aquí el precepto de los párrafos 2.º y 3.º del art. 1630.

A falta de pacto expreso, el censatario debe avisar al censualista ó su representante del día en que se propone comenzar la recolección de cada clase de frutos ó de aquéllos que puedan interesarle. ¿En qué forma debe darse este aviso? En cualquiera, puesto que la ley no exige ninguna determinada. Según el estado de relaciones que medien entre el censualista ó su representante y el censatario, podrá bastar un simple recado de palabra ó una simple manifestación al hablar con el censualista, ó se requerirá un medio más eficaz susceptible de prueba mediante la intervención de testigos ó de documentos. El representante del censualista es toda persona que le represente en la localidad: su padre, su tutor, su apoderado ó administrador, ó cualquiera otra persona que, aun sin mediar poder en escritura pública, esté encargada por él de sus intereses en general, ó de intervenir y cobrar en particular la pensión, ya todos los años, ya en un año ó tiempo determinado.

El aviso es indispensable, ya residan el censualista ó su re-

presentante en el mismo lugar en que radique la finca, ó en otro distinto.

Dado el previo aviso, el censualista ó su representante, á quien también llama la ley interventor, pueden si quieren presenciar todas las operaciones, enterarse exactamente de la importancia de la recolección ó del total de frutos percibidos ó producidos por la finca, ya en general, ya de la especie que pueda interesarle, y percibir la porción alícuota que le corresponda.

Si llegado el día que se señale no se presentase ni el censualista ni quien le represente, el censatario puede levantar la cosecha sin intervención alguna de aquéllos ó con su intervención desde que se presenten, quedando obligado el censualista á pasar por lo que asegure el censatario que ha recolectado. Dado el aviso, la ley no ha creído justo ni conveniente imponer una espera y obligar al censatario á que dilate las necesarias operaciones de la recolección, con posibles é innecesarios perjuicios, que sería forzoso en tal caso indemnizar.

El art. 1630 no da al censualista más intervención que la expresada. En lo relativo al cultivo de la finca, estima bastante garantía el mismo interés del censatario ó enfiteuta, cuya participación en los frutos será tanto mayor cuanto más produzca el inmueble, y que á la vez cuidará de no abusar de la producción para no perjudicarse en los años sucesivos y para no ocasionar por su culpa la inutilización ó pérdida parcial de la finca acensuada.

Por lo demás, expresamente pueden pactar los dueños directo y útil al constituirse el censo, la forma de intervenir y la extensión de ese derecho.

¿Qué ocurrirá si el censatario, sin previo aviso, levanta las cosechas, y por ello no puede intervenir el censualista? La ley no lo dice: debe suponerse que en tal caso ese censualista podrá exigir la participación alícuota que le corresponda, regulándose el total de frutos por el máximum que la finca fuese susceptible de producir.

Si á pesar de la falta de aviso interviene el censualista ó su

representante en todas las operaciones, debe entenderse subsanada la falta.

Si la recolección no se verifica en los días señalados, y por ello se irrogan perjuicios al censualista que acudió á intervenir, debe proceder la correspondiente indemnización, á no mediar fuerza mayor ó caso fortuito.

Si mediase cuestión sobre si hubo ó no aviso previo, ó sobre otro particular, y no pudiesen los interesados ponerse de acuerdo, en cuanto á la importancia de la pensión, decidirán los Tribunales. Aunque se probase que el censualista ó su representante sabían por referencia de terceras personas el día en que se daba principio por el censatario á la recolección, no estimamos esa prueba suficiente, cuando realmente no cumplió el enfiteuta ó dueño útil su deber de avisar.

El Código consigna como circunstancias esenciales que han de constar en la escritura de constitución del censo enfitéutico, el valor de la finca y la pensión. Es claro que con ello sólo pretende referirse á circunstancias especiales ó peculiares de ese contrato.

Aparte esas circunstancias, debe contener todas las que son propias de la enajenación de bienes inmuebles ó derechos reales sobre los mismos ó de constitución de éstos. La determinación de la finca ó fincas afectas es indispensable, y con ello su situación, extensión superficial, linderos y demás circunstancias. El transmitente debe, además, poner en conocimiento del enfiteuta cuantas cargas, gravámenes ó limitaciones existan sobre el inmueble al constituirse el censo, requisito que ya exigía para los censos anteriores al Código, aunque de un modo algo limitado, la ley 2.ª, tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Códigos extranjeros.—Los arts. 3242 al 3244 del Código de Méjico exigen la descripción del predio gravado, haciéndose la valuación y deslinde por peritos. «El avalúo del predio, dice el art. 3243, se hará con deducción del importe del dominio directo, capitalizando la pensión que por razón de él debe recibirse

al tanto por ciento convenido, y á falta de convenio al 6 por 100 anual.»

Tienen alguna relación los arts. 1656 y 1659 del Código de Portugal.

Del art. 1630 no existen concordantes en los Códigos que hemos examinado.

ARTÍCULO 1631

En el caso de expropiación forzosa se estará á lo dispuesto en el párrafo primero del art. 1627, cuando sea expropiada toda la finca.

Si sólo lo fuere en parte, se distribuirá el precio de lo expropiado entre el dueño directo y el útil, recibiendo aquél la parte del capital del censo que proporcionalmente corresponda á la parte expropiada, según el valor que se dió á toda la finca al constituirse el censo ó que haya servido de tipo para la redención, y el resto corresponderá al enfiteuta.

En este caso continuará el censo sobre el resto de la finca, con la correspondiente reducción en el capital y las pensiones, á no ser que el enfiteuta opte por la redención total ó por el abandono á favor del dueño directo.

Cuando, conforme á lo pactado, deba pagarse laudemio, el dueño directo percibirá lo que por este concepto le corresponda sólo de la parte del precio que pertenezca al enfiteuta.

La inteligencia del art. 1631 parece sencilla.

La finca gravada con censo enfitéutico es expropiada en todo ó en parte por causa de utilidad pública. A lo expropiado sustituye el precio que se entrega por la expropiación.

Expropiada *toda* la finca, el precio queda afecto al pago del capital y de las pensiones vencidas. El censo se extingue, pues, por redención. El enfiteuta percibe el resto del precio si lo hubiese. Es la solución general á todos los censos dada en el ar-

tículo 1627. La ley supone que el precio es superior al importe del capital. Si fuese inferior se entregará íntegro al censualista, sin perjuicio de las acciones personales que puedan corresponderle contra el censatario, y de la extinción del censo por pérdida de la finca á que afectaba.

Expropiada, *en parte*, la finca, el art. 1631 dicta para el censo enfitéutico reglas especiales.

La ley estima que en cada fracción del inmueble existen inseparables los dominios directo y útil, y por tanto, que el precio entregado por la expropiación corresponde proporcionalmente á ambos dueños. Para ese supuesto es preciso que la finca haya aumentado de valor, pues de otro modo, ¿qué derechos podría alegar el enfiteuta?

Racionalmente la proporción debe establecerse del modo siguiente: «El valor actual del inmueble, dato imprescindible para apreciar si en él existe algo que corresponda al censatario; es al precio entregado por la parte expropiada, precio que ha de estar en relación con el total del inmueble cual la parte con el todo; como el valor que se dió á la finca al constituirse el censo, que es el mismo que legalmente sirve de tipo para la redención con arreglo al art. 1651, es á X., parte desconocida del precio que debe darse al censualista. La finca valía, por ejemplo, 5.000 cuando se entregó, y vale 7.500 en el momento de la expropiación; el precio de la parte expropiada son 3.000. La proporción será 7.500 : 3.000 :: 5.000 : X. El dueño directo percibirá pesetas 2.000 del precio y 1.000 el enfiteuta.

La regla puede ser la misma, atendiendo solamente á la relación entre la parte de extensión superficial expropiada, su precio y la extensión total. Si se expropia la mitad de la finca, valía esta mitad 100, y el precio de expropiación son 200; al dueño directo se le darán sus 100 y el resto al dueño útil. Como se ve, el resultado es idéntico, pero de mayor dificultad práctica, porque no siempre lo expropiado será una mitad, un tercio ó un cuarto exacto del total, por lo que es preferible resolver el caso estableciendo la proporción del modo antes indicado.

Esta solución impone forzosamente una redención parcial, y por tanto, una reducción en el censo, cuyo capital, del que en el ejemplo expuesto se entregaron 2.000, queda reducido á 3.000, que han de gravar la parte no expropiada de la finca que vale 4.500, reduciéndose las pensiones en la misma proporción.

Este criterio, que parece ser el legal, puede sustituirse á voluntad del enfiteuta por uno de los dos siguientes: la redención total del censo ó el abandono de la parte no expropiada del inmueble en favor del dueño directo.

Hay, sin embargo, algunos motivos para pensar que el verdadero criterio legal pudiera no ser tal como le hemos expuesto. Aparte de que el art. 1631 no alude expresamente al valor actual del inmueble en el momento de la expropiación, no hay más que aplicar la proporción establecida á los diferentes supuestos que pueden presentarse, y se verá que cuando el valor actual de la finca es igual al valor en la época de la constitución del censo, todo el precio de la expropiación corresponde al censualista, y cuando es inferior por haber desmerecido el inmueble, resulta que debe darse á ese mismo dueño directo más de lo recibido como precio de la parte expropiada, no pudiendo distribuirse entre los dos dueños como quiere y exige el art. 1631, resultado que creemos justo y racional, pero que puede parecer poco conforme al texto de la ley.

Veamos otras soluciones, y observaremos que no son admisibles.

No se consigue en efecto nada con simplificar el procedimiento estableciendo sólo la proporción entre el valor que tenía la finca al constituirse el censo y el precio de la parte expropiada. La proporción en tal caso se establece por sí misma. La finca valía 100 y el precio son 50: corresponde al señor directo la mitad de su capital, ó sean los mismos 50; valía 100 y se dan 100 por la expropiación: los 100 pertenecen al censualista; valía 100 y se pagan 200 por la mitad: debían ser los 200 para el acreedor. ¿Es esto posible?, ¿cómo entonces puede llevarse á efecto siempre la distribución del precio de lo expropiado en-

tre el dueño directo y útil? Con esta solución la distribución no puede proceder nunca: todo es siempre para el censualista.

Si extremamos la presunción y queremos deducir que en la última solución no ha de darse al dueño directo el total del precio, sino la parte proporcional en que ese total se halle con el importe del capital, que es lo que parece desprenderse de la ley, resultará que si la finca vale 100, y el precio de lo expropiado son 50, ó la mitad, la mitad de ese precio es lo que se entrega al censualista, y la otra mitad al censatario. Esto constituye otro absurdo, porque aun suponiendo que la finca siga valiendo los mismos 100 y no menos, quedará de valor para lo no expropiado 50, y habiendo otros 50 en dinero, el enfiteuta percibirá porque sí, 25, con perjuicio evidente del dueño directo que pierde esos mismos 25, y sigue con un censo de 75 sobre una finca cuyo valor ha quedado reducido á 50, sin razón alguna que justifique ni aquel regalo ni este perjuicio.

No encontrando solución que nos satisfaga por completo, preferimos la primera que hemos apuntado, y para admitirla no hay más remedio que suponer que la ley parte de la base de haberse aumentado el valor de la finca, y que cuando así no ocurra, todo el precio de la expropiación debe ser entregado al dueño directo, puesto que en justicia todo es suyo, reduciéndose proporcionalmente el censo sobre la parte de finca no expropiada, y sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder al censualista, si la disminución de valor del inmueble procediese de culpa, dolo ó voluntad del censatario. Sólo con la misma limitación cabrá el desamparo ó abandono de la finca.

No debe parecer extraña la base de que parte la ley si consideramos: 1.º Que para que el enfiteuta tenga alguna participación en el valor de la finca, preciso es que ese valor sea mayor que el capital del censo. 2.º Que el caso de pérdida parcial de la finca es un elemento nuevo que se combina con el de la expropiación también parcial, y requiere á su vez la combinación del precepto del art. 1631 con el del 1625. 3.º Que al ocuparse

la ley de la expropiación total del inmueble, supone también que el precio de él es bastante para la redención total del censo y aun para el pago de las pensionas vencidas, lo cual no siempre será cierto. La ley, en efecto, debe suponer que no ha sobrevenido daño alguno á la finca acensuada; primero, porque no es lo más natural, y después, porque al sobrevenir en peligrosa proporción, el señor directo debe haber hecho uso de su derecho con anterioridad y con independencia de la expropiación, ó el enfiteuta haber abandonado el inmueble.

Suponemos que la pérdida de valor de la finca obedece á su desmerecimiento ó inutilización parcial, sea ó no fortuita. Si la valoración al constituirse el censo se hizo mal, no existirá, en realidad, pérdida, y ni el censnalista ni el censatario pueden quejarse de las consecuencias.

Otro concepto debemos aclarar en el art. 1631. Habla éste del valor que se dió á toda la finca al constituirse el censo, *ó que haya servido de tipo para la redención.* Como queda expresado, si se observa lo establecido para la redención en el artículo 1651, se verá que el valor y este tipo son legalmente una misma cosa. Ahora bien; á pesar de tasarse la finca, los interesados pueden haber convenido en que sea otro el tipo de redención teniendo en cuenta diversas circunstancias, y en tal caso la proporción habrá de establecerse, no con el valor de la finca, sino con el tipo convenido. Además, y principalmente, el legislador no olvida que antes del Código no se exigía la expresión del valor del inmueble, y que pueden expropiarse parcialmente fincas gravadas con censos antiguos, en los que aquel valor no puede servir de base, y ha de atenderse al tipo voluntario ó legal establecido para la redención.

No cabe hablar, por tanto, de preferencia entre uno y otro término de los marcados en la ley para la proporción, porque cuando no son una sola y misma cosa, tienen cada uno de ellos bien determinada su propia esfera de acción.

El último párrafo del art. 1631 no necesita aclaración, y en él insistiremos al ocuparnos del laudemio.

No encontramos concordantes en los *Códigos extranjeros* examinados.

ARTICULO 1632

El enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones.

Tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfitéutica.

Ninguna limitación pone el art. 1632 al poder de aprovechamiento de la finca por el enfiteuta de gozar en absoluto de cuanto pueda producir, de cuanto pueda considerarse una accesión de la misma, ó encontrarse en ella ó bajo su suelo.

Calificado el derecho del enfiteuta de dominio *útil*, nada más natural que el precepto del art. 1632. Todas las facultades inherentes á la propiedad en relación con el goce de una finca, pertenecen pues al censatario, y desenvolviendo la ley con lógica este principio, no sólo le concede todos los productos del inmueble y los de sus accesiones, sino los tesoros y minas que puedan descubrirse en la finca, en el modo y condiciones que pertenecen al verdadero propietario.

La ley habla de los productos de las accesiones y no de las accesiones mismas, porque éstas van con la finca, y si bien su disfrute es del enfiteuta, la accesión será ó no de él, según en quien quede el dominio pleno de la misma, que en caso de comiso ó de abandono puede recaer en el dueño directo.

El disfrute de la finca por el enfiteuta, sólo se halla limitado por la participación que el dueño directo se reserva en los productos, participación ó limitación que se traduce en el abono de las pensiones.

Nada debemos añadir refiriéndonos á la doctrina general respecto á frutos, accesiones, minas y tesoros en relación con el derecho de propiedad.

Concuerda este artículo con lo dispuesto en los 1561 del Có-

digo de Italia, 1516 del de Venezuela, y primera parte de los 1673 del Código de Portugal y 3266 del de Méjico.

ARTICULO 1633

Puede el enfiteuta disponer del predio enfitéutico y de sus accesiones, tanto por actos entre vivos como de última voluntad, dejando á salvo los derechos del dueño directo, y con sujeción á lo que establecen los artículos que siguen.

ARTÍCULO 1634

Cuando la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de la finca anfitéutica, no podrá imponerse servidumbre ni otra carga que disminuya los productos sin consentimiento expreso del dueño directo.

ARTÍCULO 1635

El enfiteuta podrá donar ó permutar libremente la finca, poniéndolo en conocimiento del dueño directo.

Poder de disposición de la finca.—La ley no sólo concede al enfiteuta el goce ó disfrute de las fincas, sino también la facultad de disponer por cualquier título de ellas, imponiéndole una limitación general y varias especiales.

La limitación general expresada en el art. 1633 es la de que queden siempre á salvo los derechos del dueño directo. Esta limitación es tan natural que debía sobreentenderse, aunque no se expresase en la ley. Nadie puede dar lo que no tiene. El enfiteuta dispone de la finca con la limitación que la afectaba, ó sea con la carga del censo; dispone, pues, de lo que es suyo, y eso es lo que en realidad viene á decir la ley, porque la limitación general impuesta no es más que la exclusión en los actos de disposición del enfiteuta de todo aquello que no le pertenece

Puede, sin embargo, afirmarse que la ley, inspirándose en la realidad, considera que la finca representa más bien el dominio útil que el dominio directo, que este derecho es en su esencia un verdadero gravamen, y por lo mismo, que cuando dispone el enfiteuta de su derecho, dispone de la finca, y cuando dispone del suyo el dueño directo, dispone solamente de un derecho real impuesto sobre la misma finca.

En las relaciones con terceros han de tenerse presentes los preceptos de la ley Hipotecaria. Si el dueño útil inscribe á su nombre la finca sin limitación alguna, y sin limitación alguna la transmite á un tercero que también se apoya en título inscrito, el dueño directo será perjudicado, sus derechos no quedarán á salvo, lo cual es sólo consecuencia de la falta de inscripción del dominio directo. Este hecho, sin embargo, sólo puede ocurrir mediante la inscripción de títulos anteriores al 1863 á favor de sucesores del enfiteuta, y sin expresión del gravamen, pues si la base del derecho falso del dueño útil es un expediente posesorio, hasta consumarse la prescripción, los derechos del dueño directo no se perjudican.

Aparte la limitación general expresada, el Código impone al enfiteuta otras limitaciones especiales. Estas, en realidad, no son más que aspectos parciales de aquélla, porque representan derechos especiales del dueño directo, algunos de los varios que ha de dejar á salvo siempre el enfiteuta cuando pretenda disponer de la finca.

La disposición de la finca puede referirse á todos los derechos que sobre ella tiene el enfiteuta, ó á alguno ó algunos de los mismos. Los actos de disposición pueden clasificarse en dos grupos, actos de gravamen y actos de enajenación propiamente dicha, ó en sentido limitado.

I.—*Gravámenes.*

Dejando á salvo los derechos del dueño directo, ó sin perjuicio alguno para los mismos, el enfiteuta puede imponer libre-

mente sobre la finca toda clase de gravámenes, usufructo, uso, habitación, servidumbres reales ó personales, censos, hipotecas ó anticresis, etc.

Unicamente en el caso de que la pensión consista en una parte alícuota de los frutos, el art. 1634 impone al enfiteuta una limitación natural. Los gravámenes que, ó disminuyan ó puedan disminuir los productos del inmueble, interesan desde luego al dueño directo, que en virtud de ellos puede experimentar perjuicios de más ó menos consideración. De aquí la necesaria intervención del dueño directo en esos actos, intervención que se manifiesta en dicho artículo, mediante la necesidad de que se realicen con su expreso consentimiento.

Cuando la pensión consiste en una parte alícuota de los frutos, no pueden, pues, imponerse sobre la finca acensuada, sino con consentimiento expreso de ambos condueños, el directo y el útil, determinadas cargas ó gravámenes que disminuyan los productos, tales como las servidumbres, el usufructo, el uso, la anticresis, ó el arrendamiento, carga ó limitación al fin, estímese ó no derecho real.

Las hipotecas y los censos pueden imponerse en principio por el enfiteuta sin necesidad de intervención alguna del señor directo, cuyos derechos siempre quedan á salvo.

El consentimiento expreso del censualista puede hacerse constar en el mismo documento en que se imponga la carga por el enfiteuta, ó en documento separado. Debe ser simultáneo á la imposición ó anterior á ella. Cuando es posterior equivaldrá á la ratificación de un acto nulo.

La imposición de los gravámenes que disminuyan los productos de la finca, sólo por el enfiteuta, ó sin que conste el expreso consentimiento del señor directo en el caso especial que nos ocupa, constituye un acto nulo, cuya inscripción en el Registro de la propiedad debe denegarse, un acto que no puede producir efecto alguno con relación al dueño directo por faltar en él un requisito esencial: el consentimiento de uno de los dueños que deben prestarlo.

La ley 11, tít. 31, Partida 3.ª, permitía al enfiteuta imponer servidumbres sobre la finca gravada. A partir de la promulgación del Código no será eso posible en los censos que con posterioridad se constituyan; pero respecto á los anteriores deberá aplicarse el derecho antiguo, porque se trata de una facultad que ya tenían los enfiteutas y cuyo ejercicio sólo de su voluntad dependía. Lo mismo puede decirse con relación á las demás cargas que puedan disminuir el importe de los frutos del inmueble, todo es claro, en el supuesto legal de consistir la pensión en una parte alícuota de los productos, y sin perjuicio de quedar á salvo los derechos del señor directo, que antes como ahora no podían menoscabarse por acto alguno del enfiteuta. Para esta solución tenemos en cuenta las razones alegadas en su lugar con relación á la división de fincas acensuadas, que hacen que consideremos aplicable la disposición transitoria 1.ª con preferencia á la 4.ª

II.—*Enajenaciones.*

El enfiteuta puede transmitir todos los derechos que le corresponden sobre la finca. Aquí la ley distingue é impone á veces á ese enfiteuta restricciones que representan otros tantos derechos del dueño directo, derechos que en conjunto pueden reducirse á uno sólo, que pudiera llamarse derecho de estorbar, porque todos ellos estorban realmente al censuario y á la libre circulación de la propiedad.

Las fincas gravadas con censo enfitéutico pueden transmitirse *por herencia*, sin más limitación que la que el mismo censo representa, y la que se deriva de los artículos 1618 y 1619 sobre la prohibición de que sean divididas.

Pueden transmitirse *por permuta ó por donación*, con esas mismas limitaciones, y la de poner el acto en conocimiento del dueño directo. Aquí no se exige su consentimiento, sino sólo que se le haga saber para que conozca la enajenación y la persona del adquirente. Por lo mismo puede darse conocimiento de la transmisión al dueño directo antes ó después del acto, y este es en prin-

cipio válido aunque no conste aquél. La omisión del requisito exigido en el art. 1635, entendemos que no obsta á la validez de la enajenación, quedando, sin embargo, responsable el transmitente de los perjuicios que por su falta se ocasionen al señor directo.

El deber de poner en conocimiento del dueño directo la donación ó la permuta, incumbe al enfiteuta ó transmitente, no al que adquiere, y puede cumplirse en cualquier forma eficaz al efecto para que en caso necesario pueda probarse su realización.

Por último, cuando el enfiteuta trate de *vender ó dar en pago* la finca enfitéutica, aparte la limitación general del art. 1633, y la especial deducida de los 1618 y 1619, debe dar aviso previo al dueño directo en la forma y para los efectos que determinan los arts. 1636 y siguientes.



Nada dice en este lugar el Código respecto á la facultad de disponer del dueño directo.

Dicho dueño no tiene directamente ningún derecho de disfrute sobre la finca, puesto que todos se conceden al enfiteuta en el art. 1632. Disfruta sólo de su derecho, esto es, percibe en la forma estipulada la pensión, y en su caso el laudemio.

Con arreglo al art. 1617 el censualista puede disponer de su derecho á percibir la pensión, facultad que en el censo enfitéutico se traduce por el derecho de disponer el dueño directo de cuanto le corresponde, derechos de pensión, laudemio en su caso, comiso, preferencia, etc. Con relación directa á la finca, el dueño directo no tiene el poder de disposición, puesto que la ley lo atribuye al enfiteuta, no tiene ni aun el derecho de oponerse á los actos de enajenación que el dueño útil quiera realizar, siempre que no se divida el inmueble. Unicamente puede señalarse como excepcional, y eso por razones especiales, el precepto del art. 1634.

Para disponer el dueño directo de su derecho debiera exi-

gírsele en caso de permuta ó donación el mismo deber que al enfiteuta impone el art. 1635, porque tan interesado se halla el censualista en conocer la persona del censatario á quien debe exigir la pensión, como el censatario en conocer la persona á quien debe pagar. La ley nada dice, pero lógico es suponer que cuando el enfiteuta no conoce la transmisión del censo, y paga al primitivo señor directo, paga bien, y no se le puede obligar á que pague dos veces.

Dada la facultad de redimir en el enfiteuta y sus efectos, con arreglo á la ley Hipotecaria, en caso de existir gravámenes, también debiera exigirse al dueño directo que al hipotecar su derecho pusiera el acto en conocimiento del dueño útil, como ya expusimos al ocuparnos de esta materia en el comentario del artículo 1608.

Cuando el dueño directo trate de vender ó ceder en pago su derecho, debe dar de ello aviso previo al enfiteuta á los efectos de los artículos 1636 y siguientes, que debemos examinar á continuación.

Códigos extranjeros.—En general permite al enfiteuta disponer del predio enfitéutico sin limitaciones de ninguna clase el artículo 1562 del Código de Italia. Lo mismo preceptúa el artículo 1517 del Código de Venezuela.

El art. 3266 del Código de Méjico, como el 1673 del de Portugal, establecen la regla general de poder disponer el dueño útil de la finca, salvo las restricciones legales.

En ambos Códigos, arts. 3272 y 3273, y 1677, puede el enfiteuta donar ó cambiar la finca libremente, si bien el cesionario debe hacerlo saber al dueño directo en el término de sesenta días, á contar desde la cesión, siendo en otro caso responsable dicho cesionario con el enfiteuta del pago de las pensiones.

Por último, los arts. 3271 del Código de Méjico y 1676 del de Portugal tratan de la imposición de gravámenes sobre el predio enfitéutico, bajo la base de no ser necesario para ello el consentimiento del dueño directo, pero el Código de Portugal añade: «En tanto que la hipoteca ó carga no exceda á la parte

de valor del predio que corresponde á la pensión, más un quinto», mientras que el de Méjico más radicalmente preceptúa que «en caso de devolución de la finca al dueño directo, pasará á éste libre, si no ha consentido en los gravámenes».

ARTÍCULO 1636

Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan ó den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica.

Esta disposición no es aplicable á las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública.

ARTÍCULO 1637

Para los efectos del artículo anterior, el que trate de enajenar el dominio de una finca enfitéutica deberá avisarlo al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, ó en que pretenda enajenar su dominio.

Dentro de los veinte días siguientes al del aviso podrá el condueño hacer uso del derecho de tanteo, pagando el precio indicado. Si no lo verifica, perderá este derecho y podrá llevarse á efecto la enajenación.

ARTÍCULO 1638

Cuando el dueño directo, ó el enfiteuta en su caso, no haya hecho uso del derecho de tanteo á que se refiere el artículo anterior, podrá utilizar el de retracto para adquirir la finca por el precio de la enajenación.

En este caso deberá utilizarse el retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta. Si ésta se ocultare, se contará dicho término desde la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad.

Se presume la ocultación cuando no se presenta la

escritura en el Registro dentro de los nueve días siguientes al de su otorgamiento.

Independientemente de la presunción, la ocultación puede probarse por los demás medios legales.

ARTÍCULO 1639

Si se hubiere realizado la enajenación sin el previo aviso que ordena el art. 1637, el dueño directo, y en su caso el útil, podrán ejercitar la acción de retracto en todo tiempo hasta que transcurra un año, contado desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la propiedad.

ARTÍCULO 1640

En las ventas judiciales de fincas enfitéuticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán hacer uso del derecho de tanteo dentro del término fijado en los edictos para el remate, pagando el precio que sirva de tipo para la subasta, y del de retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura.

En este caso no será necesario el aviso previo que exige el art. 1637.

ARTÍCULO 1641

Cuando sean varias las fincas enajenadas sujetas á un mismo censo, no podrá utilizarse el derecho de tanteo ni el de retracto respecto de unas con exclusión de las otras.

ARTÍCULO 1642

Cuando el dominio directo ó el útil pertenezca *pro indiviso* á varias personas, cada una de ellas podrá hacer uso del derecho de retracto con sujeción á las reglas establecidas para el de comuneros, y con prefe-

rencia el dueño directo, si se hubiese enajenado parte del dominio útil; ó el enfiteuta, si la enajenación hubiese sido del dominio directo.

I.—*Ideas generales y precedentes legales.*

Derecho de prelación.—Los derechos que conceden estos artículos, lo mismo al dueño directo que al útil, para ser preferidos en igualdad de condiciones á un tercero, cuando se venda ó adjudique en pago, ó se trate de vender ó adjudicar, ya la finca, ya el censo, pueden reducirse á uno solo, con el nombre de derecho *de prelación*.

Esto, sin embargo, sólo significa que en esos derechos hay un fondo común; pero no en modo alguno que deban confundirse. Aparte esa idea de preferencia ó prelación, se trata de dos derechos distintos, conocidos con los nombres de derecho *de tanteo* el uno y derecho de *retracto* el otro.

La diferencia esencial entre el tanteo y el retracto consiste en que aquel derecho contiene simplemente la preferencia para comprar ó adquirir, en igualdad de precio y condiciones, antes de que la enajenación se consume, mientras que el derecho de retracto consiste en la facultad de dejar sin efecto ó resolver una enajenación ya consumada, fundándose en aquella misma preferencia. Claro es que los efectos son radicalmente distintos, porque el derecho de tanteo puede simplemente dilatar la ejecución de una venta; pero al efectuarse queda firme, sin perturbación alguna en las relaciones jurídicas de los interesados, mientras que el derecho de retracto envuelve una condición resolutoria con todas sus desastrosas consecuencias en el orden jurídico.

El derecho de tanteo es propio y exclusivo de la enfiteusis; el derecho de retracto legal, se concede por multitud de causas, como ya tuvimos ocasión de ver al comentar los artículos que se ocupan de esa especial materia en el Código civil.

Claro es que el ejercicio del derecho de tanteo requiere el previo aviso ó conocimiento de la enajenación que se intenta por

aquel que puede ejercitarla, lo cual es una formalidad quizás molesta, pero fácil y poco perturbadora.

¿Son compatibles los derechos de tanteo y retracto concedidos á una misma persona y respecto á una misma enajenación? Prácticamente lo son; pero, ¿deben serlo? ¿Es justa ó al menos conveniente la acumulación de ambos derechos? Creemos firmemente que no, que uno cualquiera de ellos debe excluir al otro, que ni es justo que el dueño directo ó el útil, enterados de la enajenación pretendida y de sus condiciones, dejen de utilizar el tanteo, y puedan después resolver la venta, ni es conveniente para la propiedad que concedido un medio preventivo, se permita después innecesariamente la facultad de anular un acto jurídico ya realizado que debía ser y convenía que quedase válido y eficaz. El tanteo resulta inútil al concederse el retracto; el retracto, ya en sí perjudicial, es anómalo, injusto é inconveniente cuando se concede el tanteo.

Comparando ambos derechos, no cabe duda alguna de que consiguiéndose con ambos el mismo resultado de facilitar la consolidación de los dominios directo y útil, el tanteo ofrece incontestables ventajas, y debiera ser el único derecho concedido á uno y otro dueño. El retracto debiera quedar como una sanción para la efectividad del derecho de tanteo, concediéndose sólo en el caso de no haberse podido utilizar éste por falta del previo aviso necesario para su ejercicio.

¿Cómo ha nacido en nuestro derecho la acumulación de ambas facultades en la enfiteusis? Este es un misterio difícil de explicar, como veremos á continuación. Concedido sólo el tanteo en un principio, se da después como supuesta en leyes posteriores la existencia de los dos sin base seria para semejante suposición.

La ley 29, tít. 8.º, Partida 5.ª, decía así: «Enajenar ó vender puede la cosa aquel que la rescibió á censo. Pero ante que la venda, deuelo fazer saber al señor, como la quiere vender, é quanto es lo quel dan por ella. E si el señor le quisiere dar tanto por ella, como el otro, estonce la deue vender ante á él que á

otro. Mas si el señor *dixesse* que le non quería dar tanto, ó lo callasse fasta dos meses, que le non dixesse, si lo quiere fazer ó non, dende adelante puédela vender á quien quisiere: é non le puede embargar aquel que ge la dió á censo, que lo non faga. Pero deuela vender á tal ome de quien pueda el señor auer el censo tan ligero como del mismo ..... Mas á otras personas de que non podiesse auer tan ligeramente el censo, non la puede vender ni empeñar, assi como á orden, á otro ome más poderoso que él, que estonce non valdría é perdería por ende el derecho que auia en ella.»

Como se ve en esta ley, se concede un solo derecho, el de tanteo; nada hay en ella que autorice otra solución. Inútilmente pretendería fundarse en ella un dueño directo para pretender ejercitar después de efectuada la venta y dado el aviso previo, el derecho de retracto. Las palabras siguientes de la misma ley, así lo confirman: «E estonce (esto es, cuando se cumpla la ley), quando la enagena, tenudo es el señor de la cosa de rescibir en ella á aquel á quien la vende, é de otorgargela, faziendole ende carta de nuevo.»

Pero en la citada ley de Partida no existe sanción alguna para la efectividad de su precepto. Cuando el enfiteuta enajenase la finca, sin avisar ni enterar previamente al dueño directo, ¿qué sólución debía adoptarse?, ¿sostener la venta, reduciéndolo todo á una indemnización de perjuicios?, ¿ó permitir su anulación dejando á salvo el derecho que al señor directo concede la ley, y no pudo utilizar por culpa del enfiteuta? La naturaleza de la enfiteusis, el respeto reconocido á los derechos de los dueños directos, y la falta cometida por el dueño útil, en cuyas manos no podía dejarse el medio de burlar aquéllos, imponía, por lo menos, la última solución, y debió ser la adoptada en la práctica, aun no teniendo en cuenta más que la calidad de las personas de los censualistas en aquellas épocas (nobleza y clero) y la desigual condición de los trabajadores ó censatarios. Y decimos, *por lo menos*, porque quizás el castigo más adecuado é la falta en el espíritu de dicha ley era el comiso.

¿Se extremó tal vez el remedio llegando al abuso? No lo sabemos. La ley 8.ª, tít. 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, 74 de Toro, dispuso lo siguiente: «Quando concurren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente más propinquo con el señor del directo dominio, ó con el superficionario, ó con el que tiene parte en ella, porque era común, prefiérase en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficionario, y el que tiene parte en ella, al pariente más propinquo.»

El objeto de esta ley, en la parte transcrita, fué indudablemente regularizar el derecho de prelación cuando pudiese ser alegado al mismo tiempo por varias personas, determinar ante el conflicto de varios derechos, á cuál debía darse la preferencia. Aun suponiendo que la palabra *retracto* se emplee con propiedad, y no como sinónima de prelación en general al aplicarse al dueño directo, al copropietario, al superficiario y al pariente más próximo, claro es que la ley 74 de Toro no es la que estableció el derecho de retracto en la enfiteusis, sino que bajo la base de existir legalmente, aclara una situación especial. ¿Existía ese derecho, y además el de tanteo, para poderse usar al arbitrio del dueño directo? Esto, ni lo dice la ley, ni puede deducirse de ella. Raro es que nada se hable de la preferencia por virtud del tanteo aun habiendo personas con derecho á retracto; pero aun pasando por todo, lo único que puede deducirse, es que cuando al señor directo le correspondía el retracto legal tenía preferencia sobre otros retrayentes. ¿Cuándo correspondía tal derecho al censualista? Lógicamente, como hemos visto antes, porque era cuanto podía deducirse de la ley de Partidas que se ocupaba de la materia, cuando por falta de conocimiento de la venta no hubiese podido utilizarse el derecho de tanteo.

No existen otras leyes que se ocupen de esta materia hasta el derecho moderno. La ley Hipotecaria, art. 38, habla de tanteo en la enfiteusis, y retracto legal en las ventas, para establecer que cuando esos derechos no consten explícitamente en el Registro no pueden perjudicar á tercero.

Por último, la ley de Enjuiciamiento civil, invadiendo el te-

rreno del derecho sustantivo, que no era de su competencia, si bien con el laudable propósito de poner término á las contiendas de los expositores, dispuso en sus artículos 1618 y 1619 lo siguiente:

Art. 1618. «Para que pueda darse curso á las demandas de retracto, se requiere:

1.º »Que se interponga dentro de nueve días contados desde el otorgamiento de la escritura de venta.

2.º »Que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea.

3.º »Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funda el retracto.

4.º »Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraída á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciere venir á menos fortuna al retrayente y lo obligare á la venta.

5.º »Que se comprometa el comunero á no vender la participación del dominio que retraiga durante cuatro años.

6.º »Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño del dominio directo ó del útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años.

7.º »Que se acompañe copia de la demanda y de los documentos que se presenten.

Art. 1619. »El que intentare el retracto, si no reside en el pueblo donde se haya otorgado la escritura que dé causa á él, tendrá para deducir la demanda, además de los nueve días, uno por cada 30 kilómetros que distare de su residencia dicho pueblo.»

Claro es que negamos autoridad á esta ley para innovar nuestro derecho civil, y que de sus preceptos en la materia podía decirse lo mismo que de los de la ley 74 de Toro. Pero en esta época, y tal vez también en la anterior, lo que cabe afirmar, es que con razón ó sin ella, en virtud de una práctica ilegal y equivocada, el dueño directo venía utilizando el derecho de tanteo ó el de retracto, á su gusto, mediase ó no aviso previo,

sin necesidad y sin razón; pero porque así lo había establecido la fuerza suprema de los hechos. Tal vez para conseguir este resultado, se partió, sutilizando, de la base de considerar en la enfiteusis una verdadera comunidad ó proindivisión, aprovechando así el retracto de comuneros, lo mismo el dueño directo que el útil, á quien ninguna ley concedió en absoluto en nuestro derecho antiguo el derecho de tanteo. Solamente la regla 11, ley 12, tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación, concedió ese derecho al censatario con relación á la venta de casas en Madrid.

Que la práctica era abusiva, y violenta la deducción, se comprueba fácilmente, sin más que leer la transcrita ley de Partida. En la enfiteusis, la ley concedía al dueño directo un derecho especial, el de tanteo, y nada más. Renunciando el señor ó callando hasta dos meses, el enfiteuta podía libremente vender, y el dueño directo quedaba obligado (era tenudo) de recibir al comprador en la casa, otorgándosela y haciéndole de nuevo carta de ella, sin facultad, por tanto, para arrebatársela, ni en virtud de retracto, ni en otro concepto alguno.

Sea de ello lo que quiera, el Código acepta el derecho establecido prácticamente en la vida jurídica, y por ello conserva el derecho de tanteo y el de retracto en el censo enfitéutico. Queriendo además igualar la condición de los dueños directo y útil para facilitar la consolidación de ambos dominios, en lo cual la ley parte de una base justa, concede expresamente al enfiteuta uno y otro derecho.

En nuestra opinión, al reformarse el Código debe desaparecer el retracto, ó conservarse sólo como una facultad subsidiaria para los casos en que no hubiese sido posible utilizar el derecho de tanteo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1901 declara, que aunque distintos los derechos de tanteo y retracto, la concesión del primero supone la del segundo, por tratarse de igual facultad, ó envolver la misma idea de prelación ó preferencia, y en su virtud, con arreglo al art. 9.° de la

ley de 15 de Junio de 1866, corresponde el derecho de retracto, aunque sólo se hable del de tanteo, á los señores directos de censos y foros impuestos sobre fincas vendidas por la Hacienda en concepto de desamortizadas, doctrina que corrobora el Real decreto de 5 de Junio de 1886, en el que ya se nombra ese derecho retracto y no tanteo.

Según la sentencia de 10 de Marzo de 1898, el derecho de *fadiga* en Cataluña significa prelación y está fundado en el interés público, por lo que comprende, no sólo el tanteo sino también el retracto, correspondiendo uno y otro derecho, lo mismo al señor mediano respecto á las enajenaciones hechas por el subenfiteuta, que al señor directo.

Entendíase en Cataluña, y así lo reconoció el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Noviembre de 1864, que el derecho de retracto sólo se consideraba procedente en el caso de no haberse podido usar el derecho de tanteo por ocultación maliciosa de la venta. Así debe ser, puesto que en Cataluña suele exigirse que en la escritura de enajenación conste el consentimiento del dueño directo.

Entremos en el examen de la doctrina del Código.

II.—*Derecho de tanteo.*

Tratan de él los arts. 1636, 1637, 1640 y 1641.

El derecho de tanteo se concede en el art. 1636 lo mismo al dueño directo que al dueño útil, y consiste en la facultad de ser preferido por el tanto, ó en igualdad de precio y condiciones, á cualquiera otra persona á quien hayan de transmitirse uno ú otro dominio por compra ó dación en pago.

Corresponde el derecho de tanteo sólo en los expresados actos de enajenación; ya se realicen voluntaria ó forzosamente interviniendo la Administración ó la Autoridad judicial. La ley exceptúa únicamente las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública. En ellas, el interés privado de los dueños directo ó útil, no puede sobreponerse al interés general, y de todos mo-

dos desaparece la división de los dominios, ó la limitación de la propiedad, consiguiéndose el fin que persigue la ley al establecer el derecho de tanteo.

¿Procede el derecho de tanteo, en las ventas con pacto de retro que pretendan realizar el dueño directo ó el útil? No es muy llana la contestación. Hoy las ventas con pacto de retro encubren casi siempre una verdadera hipoteca; pero nosotros no debemos ocuparnos de lo que haya realmente debajo del disfraz, debemos, al contrario, suponer que existe verdaderamente una venta sujeta á condición resolutoria. La falsedad no debe suponerse partiendo de ella para contrariar el precepto legal.

Es indudable que se trata de una venta, de una enajenación que queda firme ó definitiva mediante el incumplimiento de la condición ó la no devolución del precio. No vemos la necesidad de esperar á que la venta sea definitiva para entonces desposeer al comprador, sobre que en tal caso habría propiamente retracto y no tanteo. La finca ó el derecho se venden, sea con la condición del retro ó con otra cualquiera. En igualdad de condiciones debe ser preferido el condueño, llamémosle así. El fin de la ley se cumple de ese modo, porque así se facilita también la consolidación. Si la venta á retro encubre una hipoteca, bueno es también ponerle alguna limitación á semejante abuso.

Aceptan esta doctrina las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Abril de 1896 y 10 de Marzo de 1904, aplicables al retracto.

Es condición indispensable para el ejercicio del derecho de tanteo, que el que haya de utilizarlo conozca anticipadamente la venta ó dación en pago que se pretenda realizar.

Al efecto, la ley distingue entre la enajenación judicial y la voluntaria.

a) *Ventas judiciales.*—En la enajenación judicial ha de mediar subasta pública, y para ello ha de hacerse saber por edictos y periódicos á cuantos puedan tener interés en adquirir la finca ó fincas que se han de vender ó adjudicar. La publicidad del acto excusa todo aviso ó deber de ponerlo en conocimiento del

dueño directo ó útil á quien el tanteo corresponda. El interesado debe conocerlo, y la ley supone que lo conoce, concediéndole para hacer uso de su derecho el término fijado en los edictos para el remate, y estimándose como precio de la enajenación el que sirva de base para la subasta (art. 1640).

Basta exponer la doctrina de la ley para comprender su casi inutilidad. Únicamente en el caso de ser la tasación más baja de lo que se crea ser el verdadero valor de la finca, ó en el de temerse ó saberse que ha de haber quien ofrezca más en la subasta, puede ser conveniente á los dueños directo ó útil el derecho de tanteo que en tales casos se le concede. Esos casos no son muy frecuentes en las ventas judiciales, en las que más bien existe, ó retraimiento, ó abuso para explotar la triste situación del deudor, y en tales circunstancias conviene más á dichos dueños convertirse en uno de tantos licitadores que ofrezcan las dos terceras partes y aun esperen nueva subasta, ó en último término aguardar á que se realice la venta ó adjudicación en pago, para ejercitar después cómodamente el retracto si les conviene, haciendo uso de ese favor, privilegio ó regalo, que algo irreflexivamente, en nuestra opinión, les concede la ley.

En caso de verificarse varias subastas, debe entenderse dado el sistema admitido por el legislador, que los dueños directo ó últil pueden pretender su derecho de preferencia dentro del término fijado en los edictos para cada remate.

b) *Enajenaciones voluntarias*. (*Ventas ó daciones en pago*).— En ellas no existe la publicidad que en las ventas judiciales, y es indispensable que la enajenación proyectada sea conocida de antemano por la persona á quien corresponde ejercitar el derecho de tanteo. Al efecto, determina el art. 1637 que el que trate de enajenar el dominio (directo ó útil) de una finca enfitéutica, debe avisarlo al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, ó en que pretenda enajenar su dominio.

El aviso debe darse en forma que merezca fe, ó sea susceptible de prueba. En dicho caso, lo esencial es, en efecto, que conste el propósito de vender ó adjudicar en pago, y el precio ofre-

cido, ó la cantidad por que haya de cederse el derecho. La persona del futuro adquirente importa poco á los efectos del tanteo; pero, además del precio, cantidad ó valor convenido, deben hacerse saber al interesado las demás condiciones estipuladas, modificativas del acto ó contrato, pues el dueño directo ó el útil sólo pueden obtener preferencia en igualdad de circunstancias, nunca perjudicando al enajenante.

Cuando se trata de enajenaciones voluntarias la ley concede al condueño veinte días para decidirse, debiendo, si le conviene hacer uso de su derecho de preferencia, aceptar dentro de ese término las condiciones, y pagar el precio ó cantidad indicados.

Si el condueño expresa su voluntad de no convenirle la adquisición, ó deja transcurrir el término sin contestar, ó pretende adquirir, pero no abona oportunamente el precio, pierde su derecho de tanteo, y puede llevarse á efecto la enajenación. Con ello el condueño debería perder todo derecho de preferencia; pero no es así, no ha perdido en realidad nada; su preferencia subsiste aún, pero con otro nombre, lo cual constituye una anomalía. La falta de aviso previo sólo se castiga con la concesión de un plazo bastante largo para ejercitar el retracto.

Es evidente que la ley quiere que en los veinte días marcados quede resuelta la cuestión previa del tanteo; pero no puede pretender que el que tiene derecho á él entregue el precio ó valor sin recibir la finca que es el equivalente. En todo caso puede ofrecer ese precio y consignarlo en prueba de haber cumplido con oportunidad todos los requisitos legales para conseguir su preferencia.

Dado el consentimiento para la enajenación por el dueño directo ó el útil, según los casos, ó renunciado el derecho al tanteo, ó transcurrido el plazo de veinte días marcado, para poderse utilizar ese derecho, en el art. 1637, puede enajenarse sin dificultad la finca ó el derecho á la pensión. No existe precepto alguno que exija que en la escritura que al efecto se otorgue se haga constar el consentimiento del condueño; pero es muy con-

veniente y natural que se exprese que ha mediado el oportuno aviso, y han transcurrido desde él los citados veinte días, ó ha habido renuncia ó consentimiento para la enajenación.

¿Rigen en Cataluña las disposiciones del Código civil relativas á esta materia?

Las Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 20 y 22 de Octubre de 1898, declararon la doctrina siguiente: En virtud de la Real orden de 7 de Noviembre de 1864, dictada para Cataluña y para ejecución y cumplimiento de las leyes Hipotecaria y Notarial, las escrituras de venta de fincas afectas á censos enfitéuticos, deben hacer constar la aprobación del dueño directo, ó los motivos atendibles que hayan impedido consignarla, y la manifestación de quedar á salvo sus derechos, precepto que tiene su fundamento en una práctica de origen muy remoto en Barcelona. Los arts. 1637 y 1639 del Código no se oponen á lo dispuesto en esa Real orden, aun en el caso de estimarse vigentes en Cataluña, pues en dicha región no sólo existían ciertas disposiciones de carácter general en materia de enfiteusis, como la ley de Señoríos de 3 de Mayo de 1823, mandada observar en 2 de Febrero de 1837, y la Real cédula de 17 de Enero de 1805 (que es la ley 24, tít. 15, libro 10, Novísima Recopilación), sino también otras disposiciones anteriores propias de su legislación particular, según ha reconocido el Tribunal Supremo en varias sentencias, y especialmente en las de 30 de Octubre de 1888 y 25 de Enero de 1889.

En otra Resolución de 16 de Enero de 1905 se añade que, aunque vigente en Cataluña la Real orden de 7 de Noviembre de 1864, deben estimarse exceptuadas de ella las ventas judiciales, porque la publicidad con que se efectúan excusa la necesidad de dar conocimiento al dueño directo, y porque no estando previsto el caso en el derecho foral de dicha región, es de aplicar como supletorio el art. 1640 del Código civil.

La doctrina que se contiene en estas Resoluciones no debe considerarse contraria á la admitida por el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre ellas las de 3 de Junio de 1896, se-

gún la que los preceptos de carácter general en materia de censos, que se aplicaban en las regiones forales, deben entenderse sustituídos en dichas regiones por aquellos otros, también generales, que los han derogado ó modificado. Las Resoluciones parten de la base de tratarse de disposiciones de carácter *particular* que rigen exclusivamente en Cataluña, y deben respetarse con arreglo al art. 12 del Código.

c) *Enajenaciones públicas no judiciales.*—Con las palabras ventas judiciales empleadas en el art. 1640, se alude indudablemente, en nuestra opinión, á las enajenaciones forzosas en que se insta judicialmente la venta del inmueble contra la voluntad de su dueño.

Sin embargo, la razón del precepto es la publicidad que en tales ventas se da á la enajenación, publicidad que existe en toda venta hecha mediante subasta pública judicial ó extrajudicial. Puede el dueño útil solicitar del Juzgado la subasta voluntaria de la finca enfitéutica; puede en su última voluntad disponer que se vendan sus bienes en pública subasta por sus albaceas; puede haberse pactado en una escritura de hipoteca que no pagando el deudor se verifique la enajenación mediante subasta ante Notario. ¿Deberá en todo caso ponerse el acto en conocimiento del dueño directo á los efectos del tanteo? Con arreglo al espíritu de la ley no es necesario ese trámite; con arreglo á su letra, sólo podrían excluirse aquellas ventas en que interviniese la autoridad judicial. Aunque la primera solución nos parece la más racional, aconsejamos que, en evitación de cuestiones, se cumpla por el interesado, por los albaceas, ó por el Notario, con el deber del previo aviso.

Hay otro grupo de enajenaciones que son forzosas, pero no judiciales, como las que se realizan administrativamente por falta de pago de contribuciones ú otros motivos. Estas nos parece que encajan aun mejor en el espíritu del precepto, y, sin embargo, debemos aconsejar lo mismo, por no estar comprendidas en su letra: no son ventas judiciales.

d) *Enajenación de varias fincas.*—Tendiendo la ley á no extre-

mar el privilegio y á facilitar la consolidación de ambos dominios, dicta el precepto del art. 1641, según el cual, cuando sean varias las fincas enajenadas sujetas á un mismo censo, no puede utilizarse el derecho de tanteo sólo respecto á alguna ó algunas de ellas con exclusión de las otras. Esto es natural, porque permitir otra cosa sería alterar las condiciones del contrato, otorgando la preferencia sin base firme para ello, y con la facultad de escoger, con evidente perjuicio del que hubiese concertado la enajenación.

Es indiferente que las fincas se vendan ó den en pago, por una cantidad englobada, ó determinando el valor ó precio de cada una.

Puede ocurrir que se vendan varias fincas, gravadas unas con el censo y otras no. El dueño directo podrá utilizar el tanteo respecto á todas las fincas gravadas, nunca respecto á una sola de ellas; pero, ¿cabe que sólo adquiera esas fincas, y no compre también las demás libres de la carga? El precio, además, puede ser englobado, y aun admitiendo el derecho á esa eliminación, ¿cómo se determina la parte que debe abonar el dueño directo? Claro es que la preferencia sólo puede ser alegada con relación á las fincas afectas al censo; pero, ¿no se alteran las condiciones de la venta al tomar unas fincas y dejar otras?

La letra de la ley consiente ambas interpretaciones, porque si bien al venderse fincas acensuadas y fincas libres, se venden varias de aquellas, y cabe el supuesto de la ley con relación á aquéllas solamente, podrá decirse que, libres ó no, la ley exige que se adquieran todas ó ninguna, requisito que no se cumple si se excluyen las libres, por la sola razón de que no están gravadas.

Aun puede complicarse el problema si se venden dos ó tres fincas, gravada cada una de ellas con un censo distinto, y además alguna otra libre. Si cada dueño directo sólo ha de poder adquirir por el tanto la suya, perfectamente, no habrá cuestión; pero si no es así, ¿á quien dar la preferencia? ¿Cuál de ellos habrá de adquirir la finca libre?

Estas dificultades nos mueven á estimar preferente la interpretación que concede al dueño directo, ó al útil en su caso, el derecho de ser preferido sólo con relación á todas ó á ninguna de las fincas á que afecte el censo. Si el precio aparece englobado, podrá exigirse que se determine previamente el de cada una de las fincas, ó al menos el que corresponda al grupo de las fincas gravadas. No debe dejarse en manos de los condueños un arma para dificultar ó entorpecer el derecho de tanteo. Además, con arreglo al art. 1637, debe ponerse en conocimiento del otro condueño el precio ofrecido, lo que racionalmente debe entenderse con relación á la finca ó fincas que pueden ser objeto de la preferencia, no á otras, ni al que se ofrezca en junto por ellas y algunas más no afectas al censo.

III. — *Derecho de retracto.*

Tratan de él los arts. 1636 y 1638 al 1642.

El derecho de retracto se concede en el art. 1636 lo mismo al dueño directo que al dueño útil, y consiste en la facultad de ser preferido, en igualdad de precio y condiciones, á cualquiera otra persona á quien se hayan transmitido uno ú otro dominio, por venta ó dación en pago, haciendo que se resuelva ó deje sin efecto la enajenación efectuada.

El derecho de retracto envuelve una condición resolutoria legal. Al ejercitarse ese derecho se cumple la condición que afectaba á la enajenación del dominio directo ó útil de la finca enfitéutica, y se extingue el derecho del adquirente. Bajo esta base, ó partiendo de la indicada naturaleza del retracto, deben resolverse las diversas cuestiones que con motivo de su ejercicio se puedan presentar.

Corresponde el derecho de retracto, como el de tanteo, sólo en casos de venta ó dación en pago. El art. 1636 exceptúa únicamente las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública, por la razón natural antes expuesta.

Damos aquí por reproducido lo que al ocuparnos del tanteo

dijimos con relación á las ventas con pacto de retro. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Abril de 1896, y 10 de Marzo de 1904.

Aunque no con relación á estos artículos, tiene declarado el mismo Tribunal que la constitución del censo reservativo, debe estimarse venta á los efectos del retracto, por transmitirse el pleno dominio de un inmueble á cambio de una pensión anual, redimible á metálico por cantidad cierta, equivalente al valor del mismo inmueble, y que es indiferente que se venda una finca entera, ó una participación proindiviso de ella (sentencia de 11 de Junio de 1902). Esta sentencia, sólo en su última declaración, puede ser aplicable á la materia que examinamos, pues es evidente que, ni el dueño directo, ni el útil, pueden transmitir el dominio pleno de un inmueble.

Un acreedor y los síndicos de la quiebra del deudor, celebraron transacción ó avenencia por virtud de la cual éstos cedieron ó adjudicaron á aquél, en pago de su crédito, el dominio directo de varias fincas del quebrado. El dueño útil presentó demanda de retracto, á la que se opusieron los interesados, primero, por haberse verificado la enajenación, no por el deudor, sino por la sindicatura de su quiebra, á quien antes se habían cedido englobadamente todos los bienes, y segundo, por tratarse de una cesión hecha sólo como elemento de una transacción, en la que, á más del precio, median siempre condiciones especiales, abdicación ó renuncia de derechos, que hacen inaplicable el retracto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de Mayo de 1899, sienta la doctrina siguiente: «El art. 1636 del Código civil, no exige, para que se dé lugar al retracto, que el dueño directo ó el enfiteuta hayan respectivamente vendido ó cedido por sí mismos el dominio, siendo sólo indispensable, para que la acción pueda ser ejercitada, que la dación ó cesión en pago se hayan realizado de modo directo ó indirecto, ya voluntaria ó ya necesariamente, por consecuencias de deudas del dueño directo, porque lo contrario, sería dejar á la voluntad de los contratantes el

cumplimiento de dicha disposición legal, que fácilmente podían eludir.»

«Lo ordenado en el referido artículo, es sólo inaplicable á las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública, sin que esté exceptuada la transacción de que se trata, porque habiendo los síndicos, en virtud de ella, donado, cedido y adjudicado en pago de deudas y por cantidad determinada los censos con los derechos de tanteo, laudemio y demás, sin que conste que el acreedor hiciera renuncias, ni abandonara derechos que fuesen estimables... no hubo obstáculo que impidiera conocer el precio definitivo que al condueño debía ser declarado.»

Cuando el señor directo, ó el útil en su caso, consientan expresamente en la enajenación, ó renuncien claramente su derecho de preferencia ó prelación, debe entenderse que ya no pueden ejercitar el retracto. Ahora bien: con razón declara la sentencia de 10 de Marzo de 1898, aplicable á Cataluña, que el procedimiento entablado por el dueño directo contra la finca para el cobro de la pensión, y la venta judicial de la misma en ese caso, no significa consentimiento de la enajenación, y no estorba, por tanto, el ejercicio del derecho de retracto.

Son condiciones indispensables para ejercitar ese derecho:

1.º Que el que haya de utilizarlo conozca la enajenación ó dación en pago efectuada.

2.º Que el derecho se ejercite dentro del plazo marcado para ello, á partir del conocimiento real ó presunto de la enajenación.

3.º Que se abone el precio ó se consigne, si fuese conocido, prestando, en caso de no conocerlo, fianza de consignarlo luego que lo sea.

Los dueños directos y útil, conocen desde luego la enajenación cuando se les hace saber el otorgamiento de la correspondiente escritura. Si se ocultó dicho otorgamiento, se presume ese conocimiento en virtud de la inscripción del acto de enajenación en el Registro de la propiedad. Tratándose de ventas judiciales, dedúcese del art. 1640, que se presume también el

conocimiento por el retrayente de la fecha de la escritura por la publicidad que revisten las actuaciones judiciales.

El plazo *ordinario* para ejercitar el retracto es de nueve días útiles, y procede siempre que se diese oportunamente el aviso requerido en el art. 1637 para el derecho de tanteo, ó no fuese necesario dicho previo aviso por tratarse de ventas judiciales.

El plazo *extraordinario* concedido para el caso de ser necesario ese aviso y no haberse dado, es de un año, contado desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la propiedad.

Este año se cuenta siempre desde la inscripción, aun cuando se pruebe que el retrayente tuvo con anterioridad conocimiento de la venta, según declara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 1907, doctrina fundada en el texto claro y preciso de la ley, pero no muy conforme con la de otros fallos del mismo Tribunal que prescinden del valor de las inscripciones por entender que significan sólo un medio de publicidad, innecesario cuando los interesados tienen conocimiento por otros medios del hecho que les perjudica.

Según otra sentencia de 10 de Diciembre del mismo año 1907, en las ventas á retro, el plazo de un año debe contarse desde la fecha en que se hace constar en el Registro, por nota marginal, la consumación de la venta.

El plazo ordinario de nueve días se cuenta en las ventas judiciales desde el otorgamiento de la escritura de venta. Aunque la ley no lo dice, debe suponerse que cuando, por no haber licitadores, se adjudica la finca enfitéutica al acreedor en pago de su crédito, ó de parte de él, el plazo, también de nueve días, habrá de contarse á partir de la fecha del auto de adjudicación.

Desde la misma fecha del otorgamiento de la escritura se cuentan los nueve días cuando el retrayente tiene conocimiento de ella, presumiéndose legalmente que lo sabe si no medió ocultación. La ocultación puede probarse por todos los medios legales, y se presume cuando la escritura no se presenta en el Registro dentro de los nueve días siguientes á su otorgamiento.

Declara la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio

de 1897, que en virtud de la regla 4.ª transitoria, se da efecto retroactivo á las disposiciones del Código relativas al ejercicio, duración y procedimiento para hacer efectivos los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir, de donde se sigue que lo dispuesto sobre la duración del retracto y modo de contar el término para su ejercicio, es aplicable á las enfiteusis, y por tanto, á los foros, aun constituídos antes de regir el Código, *habiendo quedado sin efecto en esos extremos lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil.*

El plazo para ejercitar el retracto por los señores directos de censos y foros sobre fincas sujetas á la desamortización y vendidas por la Hacienda, debe ser de nueve días contados, con arreglo al art. 1638 del Código, desde el otorgamiento de la escritura de venta, por proceder la aplicación de la disposición 4.ª transitoria, aunque el derecho arranque de la ley de 5 de Junio de 1886. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1901.)

Algo confusa resulta la doctrina del Código civil en toda la parte referente al plazo para ejercitar el retracto, y mucho más si atendemos á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aunque no siempre uniforme, tiende fatalmente de ordinario á la aplicación del derecho antiguo.

Nos ocuparemos separadamente de las varias dudas ó cuestiones que pueden suscitarse.

a) En primer término se advierte que el previo aviso que debe darse para el ejercicio del derecho de tanteo, con arreglo al art. 1637, no influye lo más mínimo en lo relativo á la ocultación del otorgamiento de la escritura de venta ó dación en pago. El dueño directo ó el útil á quien se le dió aviso oportuno, conoce el proyecto de enajenación, sabe que á los veinte días desde él puede el otro condueño vender y otorgar naturalmente para ello la correspondiente escritura, y sin embargo, aun puede probar que se le ocultó su otorgamiento, y aun presumirse la ocultación.

b) En segundo lugar, el supuesto de ocultarse el otorgamiento de la escritura motiva algunas dudas. La ley de Enjuiciamiento civil exigía una ocultación *maliciosa*. El transmitente no tenía en modo alguno el deber de enterar al condueño del día en que había de otorgarse la escritura, pero si no obraba lealmente, si en vez de enajenar, según las reglas generales y ordinarias de su vida, fingía un viaje y buscaba un Notario, en cierto modo extraño, ó engañaba al retrayente haciéndole creer que no realizaba aun la venta, la ley castigaba su conducta. Pero ahora basta ocultar la venta con malicia ó sin ella. ¿Cuándo media tal ocultación? ¿Se entendera ocultada la venta por el mero hecho de no ponerse el otorgamiento en conocimiento del interesado?

Nosotros creemos que el criterio del Código es en el fondo idéntico en esta parte de la ley de Enjuiciamiento civil, habiéndose suprimido el calificativo de *maliciosa*, por tratarse de un elemento interno de conciencia, difícil de justificar, resultando que ocultada en realidad la venta y burlado el retrayente, nada conseguiría á no probar que se había obrado con malicia. Hoy no hay necesidad de tal prueba. El enfiteuta no avisa al dueño directo respecto al otorgamiento de la escritura, porque no tiene el deber de hacerlo, p rocisamente porque habiendo avisado antes á los efectos del tanteo, el mismo interés del dueño directo es bastante para que procure enterarse del día de la enajenación, y para que se entere, en efecto, si la venta se hace sin ocultaciones ni engaños, á la luz del día, ante el Notario acostumbrado, del modo ordinario, corriente y natural en otras enajenaciones. Si así no ocurre, podrá probarse la ocultación, y aunque se alegue y justifique, de peor ó mejor manera, que no hubo malicia en ello, el término de nueve días ya no se contará desde el otorgamiento de la escritura, sino desde que se hizo público el acto mediante su inscripción en el Registro de la propiedad.

c) La ley de Enjuiciamiento civil se hace cargo del supuesto lógico de conocer el retrayente el otorgamiento de la escritura

de venta, á pesar de la ocultación maliciosa con que se verificó, y de la falta de inscripción, y dispone que en tal caso se cuente el plazo de nueve días desde el siguiente á aquel en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento del acto (artículo 1620).

El Código civil no se ocupa de este supuesto: hay ó no hay ocultación; si la hay, el plazo se cuenta desde la inscripción; si no la hubo, el plazo corre desde el otorgamiento de la escritura. Consecuencia parece ser de su doctrina, que en caso de ocultación, mientras la venta no se inscriba, no empieza á correr el término, y no se pierde por tanto, el derecho á retraer, conozca ó no el retrayente la enajenación efectuada. Esta conclusión es dura. Contra la letra de la ley puede alegarse su espíritu para mantener en esa parte la vigencia de la ley procesal. Lo que el Código quiere es que el acto sea conocido por el retrayente, y supone que llega á conocerlo mediante la inscripción por su publicidad; pero si se prueba por los medios legales que ese conocimiento existe, no hay que suponer nada; á partir de él deben contarse los nueve días. El Código no expresa lo contrario; no se ocupa sencillamente de esta cuestión. Esta solución es más justa y moral. Los Tribunales, según los casos, decidirán lo que estimen procedente.

Después de la edición anterior de este tomo, la jurisprudencia ha decidido esta cuestión, dando exclusiva preferencia á la letra de la ley.

La sentencia de 2 de Marzo de 1908, establece la siguiente doctrina:

1.º El Código en materia de censos es aplicable á Cataluña, y deroga la ley de Enjuiciamiento civil que era de aplicación general.

2.º El plazo condedido al dueño directo para retraer, es el de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, y no desde la fecha de la subasta que anteriormente tuvo lugar, ó desde que tuvo el retrayente conocimiento de la venta.

3.º La jurisprudencia establecida en contrario, se refiere al art. 1524, y, por tanto, al retracto legal de comuneros ó colindantes; pero no á los arts. 1638 y 1640, en los que el legislador no quiso hacer constar la misma salvedad, con relación al caso de conocer el dueño directo ó el útil la realidad de la enajenación.

Respecto al término extraordinario de un año, cuando no medió aviso, la sentencia de 9 de Diciembre de 1907, sienta la misma doctrina: esté ó no enterado el retrayente de la enajenación, tiene derecho á entablar el retracto dentro de un año á contar desde la inscripción en el Registro de la propiedad.

No estimamos justa esta doctrina. No hay razón alguna para que el conocimiento de la venta por el retrayente, impida el retracto de comuneros ó el de colindantes, y no el que se concede á los dueños directo y útil. Aun tendría alguna explicación una decisión contraria, porque el término ordinario para retraer en la enfiteusis, procede cuando oportunamente medió el aviso prevenido en el art. 1637,—y después del aviso y del derecho de tanteo, y de verificada una subasta, como en el caso que motivó la primera de las citadas sentencias, conceder la facultad de poder aun esperar á que se otorgue la escritura, sin perder el derecho de retracto, es consentir un privilegio tanto más injusto cuanto que el retrato tiene fundamento en las enajenaciones de cosas poseídas en común, ó de pequeños terrenos colindantes; pero no debía existir en las enajenaciones de los dominios directo ó útil, porque el derecho de tanteo debiera excluirlo—. Además, el conocimiento probado de la venta realizada es un hecho cierto, el otorgamiento de la escritura ó la inscripción en el Registro constituyen sólo una presunción de conocimiento que puede ser contraria á la realidad.

d) El art. 1638 presume la ocultación cuando no se presenta la escritura en el Registro dentro de los nueve días siguientes á su otorgamiento. Con esto sustituye el Código y da fijeza al precepto ambiguo de la ley de Enjuiciamiento civil, que establecía igual presunción cuando la venta no se inscribía *oportunamente* en el Registro.

Confesamos que no nos satisface la presunción del Código. Comprenderíamos que á los treinta días hábiles, plazo marcado para el pago del impuesto de derechos reales, la falta de presentación de la escritura á ese efecto, ó inmediatamente después para su inscripción, se presumiese ocultación de la venta; pero esos nueve días que se señalan no se apoyan en ninguna base firme ni natural. El otorgamiento de la escritura puede haber sido un acto realizado de un modo bien ostensible y conocido, sin que haya razón para presumir la ocultación porque la escritura se presente á los nueve días ó á los quince, ó á los veinte, tal vez por no haber facilitado el Notario oportunamente la copia, ó porque no hay deber alguno de presentarla en tan breve plazo.

A pesar de nuestra creencia, la cuestión tiene poca importancia, porque contra la presunción legal cabe la prueba en contrario, no difícil en los casos normales. Por lo demás, en el que obra de mala fe, lo natural es que se apresure á presentar su título confiando en que así se acorta el plazo para el ejercicio de retracto y se dificulta la realización oportuna de este derecho.

Con la presunción legal cabe también que el título se presente al octavo ó noveno día en el Registro, intencionalmente; después de mediar cierta ocultación, obligando así al retrayente á que la pruebe ó pierda su derecho.

e) Lo mismo en el art. 1638, párrafo 2.º, que en el 1639, habla el Código de un plazo ordinario ó extraordinario, que se cuenta desde la fecha de la *inscripción* de la venta ó adjudicación en pago en el Registro de la propiedad.

Con arreglo al art. 28 de la ley Hipotecaria, la fecha de la inscripción de un título, *para todos los efectos que deba producir*, es la del asiento de su presentación en el Registro. Obligatoria la extensión del asiento en el momento de la presentación del título, la fecha de esa presentación lleva consigo un sello de verdad y de fijeza que no puede tener la de la inscripción propiamente dicha, que puede hacerse en el mismo día ó quince después, ó aun más tarde si existiesen defectos.

Ahora bien: ¿cómo entenderemos las palabras del Código? ¿Deberá partirse de la fecha de la inscripción ó de la presentación? En cuanto á la forma y efectos de la inscripción han de respetarse en absoluto los preceptos de la ley Hipotecaria. Por otra parte, el objeto del Código es partir de una base segura. Cuenta desde la inscripción, porque la inscripción supone que se ha hecho pública la venta, y como esa publicidad existe con arreglo á la ley Hipotecaria desde la presentación de la escritura, entendemos que á la fecha de la presentación es á la que debiera atenderse, interpretándose así la palabra inscripción que en los citados artículos se emplea.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1902, que habremos de citar en otro lugar, sostiene una doctrina contraria con relación al art. 1524, que también habla de inscripción y no de presentación del título en el Registro. Su decisión es también bastante fundada, ya por atenerse á las palabras empleadas por el Código, ya por considerar que el retrayente y el adquirente no son terceros con arreglo á la ley Hipotecaria, por lo que no tratándose de efectos de la inscripción, con respecto á terceros, no debe atenderse al art. 28 de dicha ley.

Respetamos el fallo del Supremo, y desde luego puede considerarse la cuestión dudosa aunque únicamente por emplearse en el Código la palabra inscripción. Pero si se mira un poco más al fondo, y menos á la forma ó al ropaje, se comprenderá que aquí no se trata de beneficio ni perjuicio que pueda provenir de la inscripción, por lo mismo que no son terceros entre sí el vendedor, el adquirente y el retrayente, sino de otro efecto importantísimo de la inscripción, cual es la publicidad que da á los actos jurídicos de que se toma razón en el Registro. Por esto, cuando el art. 28 de la ley Hipotecaria dice que se entenderá como fecha de la inscripción, *para todos los efectos que ésta deba producir*, la del asiento de presentación, claramente manifiesta que el acto se hace público desde que el título en que consta se presenta en el Registro, y como este es uno de los efectos de la

inscripción, y en todo lo relativo á *efectos* de las inscripciones rige la ley Hipotecaria, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 608 del Código civil, es evidente, á nuestro juicio, que lo mismo en el art. 1524, que en los 1638 y 1639, el plazo debe contarse desde la presentación del título en el Registro de la propiedad.

f) Expresamente exige el Código nueve días *útiles*, lo cual se sobreentiende en los mismos nueve días que para ejercitar el retracto concede la ley de Enjuiciamiento civil; pero ésta añade algo más en el art. 1619, al conceder un día de exceso por cada treinta kilómetros de distancia entre el domicilio del retrayente y el lugar en que ha de reclamarse.

¿Debe considerarse vigente este precepto de la ley de Enjuiciamiento civil? Por su carácter es más propio del derecho sustantivo, porque de la subsistencia ó insubsistencia del plazo depende la vida ó la muerte del derecho del retracto, sin que valga alegar que la ley de Enjuiciamiento trata de las acciones, porque la acción no es más que el medio de hacer valer el derecho, y no cabe que la acción subsista cuando el derecho se ha extinguido.

El plazo único, fijo, establecido en el Código puede parecer muy breve, insuficiente y casi nominal, cuando el que ha de retraer reside á larga distancia, tal vez en tierra extranjera; pero la distancia no es la única causa de entorpecimiento para el ejercicio de la acción. El interesado tendrá representantes ó amigos en el lugar en que deben abonarse las pensiones, la electricidad borra las distancias, y, sobre todo, ha mediado un aviso propio para el derecho de tanteo, después del cual se han debido pasar veinte días. Si no medió aviso, el plazo es de un año, á partir de la inscripción.

Todas estas razones nos indican claramente que no hay motivo para mantener la subsistencia del precepto que nos ocupa de la ley de Enjuiciamiento civil, que el Código, dentro de su competencia, establece un término fijo y general, y ese es el único que hoy debe estimarse vigente, á menos de admitir que

aquella ley anterior puede aun hoy dar vida á un derecho, después de haberse extinguido con arreglo al Código.

La jurisprudencia ha resuelto, sin embargo, la cuestión en otro sentido, inspirándose en esa tendencia natural que tenemos á conservar en lo posible el derecho antiguo que estamos acostumbrados á aplicar.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1904, sigue vigente lo dispuesto en el art. 1619 de la ley de Enjuiciamiento civil, sobre el modo de contar el término para retraer cuando el retrayente no reside en el pueblo en que se otorgó la escritura, por ser este precepto sólo un complemento y desarrollo procesal de lo dispuesto en el Código civil. Este complemento y desarrollo produce, sin embargo, el efecto de conceder para el retracto un término mayor del que, sin distingos, establece el Código, consecuencia tanto más anómala cuanto que recae en una materia cuya interpretación debe ser restrictiva.

La sentencia de 30 de Junio de 1897 declara, en cambio, en términos generales, que, aun respecto á los censos y foros constituídos con anterioridad al Código, deben entenderse aplicables, en virtud de la regla 4.ª transitoria, las disposiciones de dicho Código relativas á la duración de la acción de retracto, y no las establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

g) El núm. 6.º del art. 1618 de la ley procesal exige que el retrayente se comprometa á no separar ambos dominios durante seis años. ¿Subsiste esta limitación?

La mayoría de los autores que se ocupan de este interesante problema, sostienen que se trata de una limitación de facultades del dueño, de una traba á su libre poder de disposición, por lo que, sin investigar la razón del precepto, ni su conveniencia ó inconveniencia, basta, á su juicio, saber que en él la ley de Enjuiciamiento civil invade un terreno que no le corresponde, para deducir que el Código al no mantener tal limitación en el mero hecho de no exigirla, ha dejado sin vida, sin fuerza ni vigor el precepto de la ley procesal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, no acepta, sin embargo, esta solución, aunque no aborda de frenta la cuestión. Se afirma en sentencia de 13 de Noviembre de 1894 que, aun después de la vigencia del Código civil, no debe considerarsé admisible una demanda de retracto en la que el retrayente no adquiere el compromiso de no enajenar la finca retraída. No se alega para ello más fundamento sino que así lo exige terminantemente la ley de Enjuiciamiento civil. Teniendo en cuenta la razón del precepto, el autor de esta obra sostuvo la misma solución en sus *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil.*

Otras dos sentencias, la de 11 de Junio de 1902 y 7 de Julio de 1903, dan por supuesta incidentalmente la necesidad de ese compromiso en asuntos posteriores á la vigencia del Código.

Veremos si al plantearse de frente esta cuestión en su verdadero terreno, varía la jurisprudencia del Supremo.

h) En los demás puntos de que la ley de Enjuiciamiento civil se ocupa, nada tenemos que añadir. Claro es que el retrayente debe justificar su carácter de dueño directo ó útil, y debe consignar el precio ó la cantidad de que se trate si los conoce, ó prestar fianza de que lo consignará en cuanto lo sepa, y deben seguirse los trámites prevenidos en dicha ley, punto sobre el cual nos remitimos á nuestros comentarios de dicha ley.

i) El término extraordinario marcado en el art. 1639 no procede nunca en las ventas judiciales, en las que debe entenderse que el precio ó valor que el retrayente está obligado á consignar es el del remate ó adjudicación al acreedor. El retracto ofrece, pues, de ordinario en este caso al retrayente incontestables ventajas sobre el tanteo.

Véase lo expuesto antes al ocuparnos de este último derecho con relación á las ventas en subasta pública no judiciales. La solución debe ser la misma, aunque con relación al retracto la cuestión resulta indiferente. Cuando la venta no sea propiamente judicial, la letra de la ley exige la aplicación del art. 1638 en lo relativo al plazo; pero como no puede presumirse ni probarse

la ocultación, el término es idéntico: nueve días á contar desde el otorgamiento de la escritura. Esta cuestión es, pues, aquí, una nube que se deshace por sí sola.

j) El precio ó valor de las enajenaciones voluntarias no públicas, es en principio el que se consigna en las correspondientes escrituras.

Decimos en principio porque la regla no puede ser absoluta. En este punto puede alterarse la verdad en dos sentidos opuestos. Los interesados, conocedores del derecho de retracto y temiendo su ejercicio, pueden exagerar el precio ó el valor de la finca ó derecho, fingiéndole mayor del que se le ha dado en realidad. Por el contrario, ignorantes del retracto, ó confiando en que no se ejercitará, pueden disminuir el valor, ocultando el verdadero para librarse de excesivos gastos de impuesto, papel, derechos, etc.

En el primer caso, el precio se presume verdad; pero al retrayente se le ha de permitir la prueba en contrario, y probada la simulación, la base ha de ser la cantidad verdadera en que se realizó la dación ó la venta.

En el caso segundo, lo consignado en la escritura no puede menos de hacer fe y prueba plena contra los que la otorgaron, ya que nadie puede ir contra sus propios actos ó manifestaciones. Los contratantes sufrirán el castigo más apropiado á su simulación.

Cuando se vende una finca con pacto de retro y se consuma la venta, declara el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Diciembre de 1907, que basta consignar el precio dado á la cosa vendida, sin que haya de aumentarse el valor correspondiente al derecho de retraer, porque de otro modo el retrayente adquiriría la finca ó fincas vendidas en distintas condiciones que el comprador.

k) La ley parte de la base de otorgarse una escritura pública de venta ó dación en pago. Puede no otorgarse realizándose el acto por documento privado. En tal caso, no podrá presentarse á inscripción el documento dentro de los nueve días,

y ha de presumirse la ocultación. Pero aquí tiene extraordinaria importancia la cuestión de si influye ó no la prueba de conocer el retrayente la enajenación, de si el término en tal caso ha de contarse desde la fecha de ese conocimiento, ó á pesar de él, en todo caso, desde la fecha de la inscripción (plazo á veces inextinguible). Hemos expuesto nuestra opinión en la letra *c*); pero no la sentamos como indudable. Esperemos que la jurisprudencia, ó una reforma del Código civil, marquen un camino seguro.

Véase en la letra *c*) de este comentario la doctrina de las sentencias de 10 de Diciembre de 1907 y 2 de Marzo de 1908.

Enajenación simultánea de varias fincas.—La solución legal del art. 1641 es idéntica en el caso del tanteo que en el del retracto. Véase, pues, lo expuesto con relación á aquel derecho.

Sólo añadiremos que si se venden fincas afectas al censo y fincas libres, y se ejercita el retracto sólo respecto á aquéllas, el adquirente, despojado en parte de lo que compró ó adquirió, podrá devolver al vendedor las demás fincas y exigir la devolución del precio que representen, por no haberse podido cumplir las condiciones con que compró, ó exigir indemnización de los perjuicios que se le ocasionen, á menos de haberse tenido en cuenta la posibilidad del retracto, y haber convenido otra solución ó deberse considerar hecha con independencia la venta de unas y otras fincas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de Julio de 1909, resuelve la cuestión planteada al ocuparnos de esta materia con relación al derecho de tanteo. La venta de los bienes, derechos y obligaciones de una herencia, en la que existe un foro, por un precio englobado, no se opone al derecho del dueño directo para pedir el retracto sólo en cuanto á la finca ó fincas aforadas, siendo sólo necesario determinar en trámites de ejecución de sentencia la parte de precio que corresponde á la cosa sujeta al retracto.

La misma doctrina ha sido establecida con relación á los demás retractos legales por el mismo Supremo Tribunal, tanto

respecto á la posibilidad de retraer una sola finca cuando se venden varias, como respecto á no existir obstáculo para el retracto por el hecho de fijarse un precio englobado á todos los bienes, sin determinarse el valor ó precio individual de las que se retraen.

Enajenación de participaciones indivisas del dominio directo ó útil.—Prevé y resuelve este caso el art. 1642.

Con arreglo al espíritu del Código civil y de la ley Hipotecaria, cada finca debe representar un censo, con su capital y su pensión determinados. Cabe, sin embargo, que el dominio útil de esa finca, ó el directo, pertenezca proindiviso á varias personas. Cada una de éstas, puede vender ó dar en pago su indivisa participación, y entonces existen dos derechos de retracto, uno á favor de los copropietarios del dominio útil ó directo, que se enajena, y otro á favor del dueño directo ó el útil, el que no pre enda enajenar.

En tales circunstancias, la ley prefiere al dueño directo sobre los copartícipes del útil, si se hubiera enajenado parte de este derecho, y al enfiteuta sobre los copartícipes del dominio directo, si á una parte de este dominio se contrajese la enajenación.

Muestra así el Código que prefiere la indivisión á la división del dominio de las fincas, ó lo que es lo mismo, que este estado de la propiedad le parece más peligroso que aquél. Establecido el principio en absoluto, es indiferente que la persona del comprador sea un extraño, ó uno de los partícipes proindiviso del dominio directo ó útil que se vende. En igualdad de condiciones, siempre es preferido al comunero en uno de ambos dominios, el dueño del dominio contrario.

La regla debe ser la misma, aun cuando el censo afecte indeterminadamente á varias fincas, por tratarse de enfiteusis antiguas ó por cualquiera otra circunstancia, cuando se venda ó dé en pago una parte indivisa del censo, ó una fracción no dividida del dominio útil sobre todas las fincas ó alguna de ellas.

El art. 1642 sólo se refiere al retracto, porque en el tanteo no puede presentarse esa colisión de derechos; pero esto no

quiere decir que al tratar de vender su participación algún comunero, no exista el derecho de tanteo, el cual desde luego procede con sujeción á las reglas establecidas en general para el caso de haber de enajenarse fincas enfitéuticas, ó el dominio directo sobre las mismas.

Poco se consigue con el retracto que en dicho artículo se concede para los fines de hacer desaparecer la división de los dominios, aunque por algo en tales casos se ha de empezar. La cuestión es si el resultado que se obtiene vale la pena de conceder el retracto y dejar sin efecto enajenaciones ya realizadas. Nuestra opinión, aun en casos más importantes, ya la hemos dicho: derecho de tanteo bien; derecho de retracto, sólo con carácter subsidiario.

Tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Diciembre de 1896, que el retracto sólo procede contra un comprador extraño, por lo que si compra el dominio mediano de la finca un condómino del dominio útil, no cabe el retracto á favor del dueño útil de una porción de terreno sujeto á subenfiteusis. El Tribunal Supremo sienta el considerando siguiente:

«El retracto legal se ha establecido para lograr, según su naturaleza, la consolidación de los dominios que se encuentran desmembrados ó indivisos, ó para que desaparezcan las unidades pequeñas de la propiedad, dándose en favor de quien haya de conseguir este resultado, y, por consiguiente, procede sólo contra los extraños que adquieren derechos sujetos al retracto, pero no contra los que tienen igual interés en la consolidación, salvo las preferencias establecidas por la ley en casos determinados.»

Con arreglo á las últimas palabras de este considerando, y á otras en que se alude también á la preferencia que pueda legalmente existir, deducimos desde luego que en el caso del artículo 1642, aun vendida ó adjudicada en pago una parte del dominio útil á uno de los partícipes de ese dominio, puede el dueño directo ejercitar el retracto, y debe obtener preferencia.

La sentencia de 10 de Diciembre de 1907, declara que el

dueño directo puede entablar el retracto, aunque el dueño mediano haya consentido en la enajenación, y que la ley de Señoríos que admitía este retracto, era de aplicación general, y preferente por tanto á determinadas particularidades forales.

IV.—*Ley Hipotecaria.*

Según el art. 36 de la ley Hipotecaria, las acciones rescisorias y resolutorias no se dan contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en la misma ley.

En armonía con esta regla, disponía el art. 38 de la ley Hipotecaria anterior, que no se anularían ni rescindirían los actos y contratos en perjuicio de tercero que hubiese inscrito su derecho, por causa de retracto legal en la venta, ó derecho de tanteo en la enfiteusis.

Ahora bien: con arreglo al art. 1639 del Código, cuando se realiza la enajenación sin el previo aviso que ordena el artículo 1637, el dueño directo y en su caso el útil, pueden ejercitar la acción de retracto en todo tiempo hasta que transcurra un año desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la propiedad.

Dudábase si estos preceptos del Código civil modificaban ó no, en la parte á que nos referimos, los arts. 37 y 38 de la ley Hipotecaria, creyendo nosotros, como sostuvimos en la edición anterior de esta obra, que las disposiciones del Código eran aplicables á las relaciones entre las partes, considerándose como tales, el vendedor, el comprador primitivo, y el retrayente ó tanteante, y las disposiciones de la ley Hipotecaria á las relaciones con terceros poseedores ó adquirentes posteriores con título inscrito, no constando explícitamente en el Registro la posibilidad de la resolución.

Así lo entendieron los ilustres autores de la primitiva ley Hipotecaria, y lo consignaron en la exposición de motivos de dicha ley, á pesar de conocer perfectamente que el derecho civil

entonces vigente, marcaba plazos para el ejercicio del derecho de retracto, ó para el de tanteo en su caso. Así lo entendieron también los autores de la ley Hipotecaria de Ultramar, á pesar de haber procurado y haber realizado con esmero, poner en relación los preceptos de dicha ley con los del Código civil.

Al reformarse en 16 de Diciembre de 1910 la ley Hipotecaria de la Península, se ha entendido de otro modo, y así en el artículo 38 se ha suprimido el número referente á las acciones rescisorias y resolutorias por causa de tanteo ó retracto, y en cambio en el art. 37 se consigna esa causa como excepción de la regla general del art. 36.

«Se exceptuan, dice, de la regla contenida en el artículo anterior:

1.° Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro.

2.° *Las de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen.*»

3.° Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, en casos taxativamente determinados, de que nos ocuparemos en su oportuno lugar.

La inscripción no estorba por lo tanto, actualmente, en poco ni en mucho, la resolución del acto ó contrato inscrito, por causa de retracto legal. No mediando aviso, hasta transcurrir un año, todos los actos de enajenación ó gravamen que realice el dueño del dominio directo ó del útil, quedan amenazados de resolución.

Creemos que con esto, no se ha puesto en armonía el Código civil con la ley Hipotecaria, sino que se ha modificado ésta, rectificando con mejor ó peor acuerdo, la doctrina que en interés de la inscripción y de la estabilidad de los actos inscritos, en relación á terceros, implantaron y sostuvieron los autores de la ley primitiva.

Códigos extranjeros.—Portugal.—Se ocupan de la materia estudiada los arts. 1678 al 1683. El derecho de retracto tiene sólo un carácter subsidiario.

Concede el derecho de tanteo el art. 1678, lo mismo al dueño

directo que al útil, en caso de quererse vender ó dar en pago (salvo por expropiación forzosa), exigiéndose el previo aviso, y pudiéndose enajenar libremente á los treinta días.

No cumpliéndose lo dispuesto en ese artículo, el derecho de preferencia puede ejecutarse en cualquier tiempo (salvo prescripción) por el precio de la venta (art. 1681).

Embargado el predio, debe citarse al dueño directo á los efectos de su preferencia (art. 1682).

No habiendo licitador, tendrá también preferencia el dueño directo por el valor en que haya de hacerse la adjudicación, para lo cual debe pedirlo dentro de tres días desde el remate, y pagar en otros tres días desde el en que se verifique la adjudicación (art. 1683).

El 1680 concuerda con el 1641 de nuestro Código. El 1679 se relaciona más bien con nuestro art. 1635 y el 1677 del de Portugal.

«*Méjico*.—Disposiciones análogas á las del Código de Portugal contiene el de Méjico en los arts. 3274 al 3281. No existe el derecho de retracto propiamente dicho, sino sólo el de tanteo por ventas ó daciones en pagos voluntarios ó judiciales.

Si el enfiteuta no cumple el deber de avisar y enajena, la enajenación *es nula*, y el dueño puede recobrar la finca por *comiso* (art. 3278).

Si el que faltó al aviso prevenido en el art. 3275 fué el dueño, el enfiteuta no tiene derecho para reivindicar el predio; pero puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios que pruebe que se le siguen por la preterición (art. 3279).

A nuestro art. 1641 corresponde el 3281, si bien limitado al tanteo.

Otros Códigos.—Aun los que admiten el censo enfitéutico, como Italia y Venezuela, omiten, la concesión á los dueños directo y útil de los derechos de tanteo ó retracto.

ARTÍCULO 1643

Si el enfiteuta fuere perturbado en su derecho por un tercero que dispute el dominio directo ó la validez de la enfiteusis, no podrá reclamar la correspondiente indemnización del dueño directo, si no le cita de evicción conforme á lo prevenido en el art. 1481.

Saneamiento en caso de evicción ó en otros especiales.—La enfiteusis representa un contrato oneroso. El propietario transmite el dominio útil de una finca mediante un equivalente. Lógico es que el transmitente responda de la verdad del derecho que transmite, tal como asegure transmitirlo. Procede, pues, en el dueño directo el deber de saneamiento, tanto en el caso de evicción, como en el de existir gravámenes ocultos.

El art. 1643 habla de perturbaciones en el derecho del enfiteuta por un tercero que, ó disputa el dominio directo ó la validez de la enfiteusis. No se ve muy clara la base del precepto, ó la forma de su expresión. El que disputa el dominio directo, en primer lugar no perturba el dominio útil al que en nada se ataca, y en segundo lugar, y por lo mismo, no dirigirá su acción ó reclamación contra el enfiteuta, sino contra el dueño directo, que es el que retiene el derecho que se supone se le disputa. Aun en las cuestiones sobre validez de la enfiteusis, lo natural es reclamar contra ambos condueños. Pero, en fin, si se da el supuesto del artículo, y un tercero con el carácter de dueño directo reclama al enfiteuta el pago de pensiones que se han satisfecho ó vienen satisfaciéndose á otro, ó si sólo contra el enfiteuta se entabla acción pretendiendo no ser la enfiteusis válida, ese enfiteuta deberá hacer citar de evicción al dueño directo para que él defienda ó ayude á defender el derecho, y si así no lo hiciere y sufriere perjuicios, no podrá reclamar después al dueño directo la indemnización que en principio le corresponde.

Uno de los aspectos de las cuestiones sobre la validez de la

enfiteusis, sin duda el más esencial y al que alude la ley, es la reclamación de la propiedad del inmueble que supone la constitución del censo por quien sólo era un simple poseedor. Otras cuestiones sobre la validez del acto son más propias entre los mismos dueños que con un tercero, porque aun siendo éste un acreedor, ó ha de representar á su deudor ejercitando las acciones que á éste competan, ó no reclamará la nulidad, sino la rescisión del acto ó contrato por perjudicarle, rescisión que supone siempre la validez.

Concuerda este artículo de nuestro Código con el 1674 del Código de Portugal y 3267 del de Méjico.

ARTÍCULO 1644

En las enajenaciones á título oneroso de fincas enfitéuticas sólo se pagará laudemio al dueño directo cuando se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis.

Si al pactarlo no se hubiera señalado cantidad fija, ésta consistirá en el 2 por 100 del precio de la enajenación.

En las enfiteusis anteriores á la promulgación de este Código, que estén sujetas al pago de laudemio, aunque no se haya pactado, seguirá esta prestación en la forma acostumbrada, pero no excederá del 2 por 100 del precio de la enajenación cuando no se haya contratado expresamente otra mayor.

ARTÍCULO 1645

La obligación de pagar el laudemio corresponde al adquirente, salvo pacto en contrario.

ARTÍCULO 1646

Cuando el enfiteuta hubiese obtenido del dueño directo licencia para la enajenación ó le hubiese dado el aviso previo que previene el art. 1637, no podrá el

dueño directo reclamar, en su caso, el pago del laudemio, sino dentro del año siguiente al día en que se inscriba la escritura en el Registro de la propiedad. Fuera de dichos casos, esta acción estará sujeta á la prescripción ordinaria.

Laudemio ó luismo.—Es un derecho exclusivo del dueño directo, por virtud del cual puede reclamar un tanto por 100 del valor ó precio de la finca enfitéutica cada vez que ésta se enajene por el enfiteuta.

Todos los derechos exclusivos de la enfiteusis tienen cierto sabor señorial, pero ninguno tanto como esta especie de impuesto por transmisión de bienes, que un particular á título de señor se reservaba al conceder el beneficio ó dar á censo las fincas de su propiedad, como recompensa por prestar su superior consentimiento para la enajenación.

La ley 29, tít. 8.º, Partida 5.ª, decía: «E estonce, quando la enagena (el enfiteuta), tenudo es el señor de la cosa de rescebir en ella a quel a quien la vende e de otorgargela, faziéndole ende carta de nuevo. E por tal otorgamiento ó renouamiento del pleito, non le deue tomar mas de la cinquentena parte de aquello en que fué vendida, ó de la estimación que podría valer si la diesse.»

El derecho de laudemio procedía desde luego en caso de venta voluntaria ó forzosa, y de dación ó adjudicación en pago; pero además era opinión muy admitida que también podía exigirse en caso de permuta y aun de donación. Se excluían las transmisiones *mortis causa*, y las transmisiones entre vivos propias del derecho de familia. Así dicen los Sres. La Serna y Montalbán, que el enfiteuta «podía dar la finca en dote á sus hijas y dejarla por sucesión, sin adeudar laudemio.»

El tipo del laudemio era, en primer término, el pactado por los interesados, y en su defecto el 2 por 100, ó la cincuentena parte del precio ó valor. Las Partidas parecían prohibir un tipo mayor, pero la Real cédula de 3 de Agosto de 1818, concedió en general la libertad de estipulación.

Dudábase si el laudemio debía ser abonado por el transmitente ó por el adquirente. La ley 12, tít. 15, libro 10 de la Novíma Recopilación, suponía que era á cargo del enajenante, y prohibía que se diesen dos laudemios en cada enajenación; uno al dueño directo, y otro al comprador para cuando llegase el caso de venderse á otro. Pero dicha ley se refería sólo á la venta de casas en Madrid, y á pesar de ella se sostenía que lo general era lo contrario, ó sea el pago por el adquirente, deduciéndose así de la transcrita ley de Partidas, en que el laudemio aparece como una recompensa al dueño directo por otorgar ó conceder de nuevo la finca al comprador. La verdad es que el texto legal no presenta clara la solución.

También se afirmaba, partiendo de la misma base, que el laudemio representó siempre, no una parte del precio, sino una cantidad sobre él ó aparte de él, como el pago del impuesto de derechos reales.

El Código, que mantiene como condiciones legales de la enfiteusis y derechos propios del dueño directo, el tanteo, el retracto, el reconocimiento y el comiso, condena el laudemio, prohibiendo que pueda exigirse mientras no se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis.

El precepto se halla redactado de un modo que hace dudar si se refiere sólo á los censos constituídos después de regir el Código, ó también á los constituídos antes, si en ellos no aparecía expresamente estipulado el pago del laudemio. El párrafo 3.º aclara, en el art. 1644, esta cuestión: en las enfiteusis anteriores á la promulgación del Código, que estén sujetas al pago de laudemio, aunque no se haya pactado, seguirá esta prestación en la forma acostumbrada. Pero aun de este párrafo parece desprenderse que hay enfiteusis anteriores al Código, en las que ni se ha pactado laudemio, ni están sujetas á él.

Antes del Código, el laudemio se presumía, aunque no se hubiese pactado, porque era uno de los derechos naturales y ordinarios contenidos en el dominio directo. Era lo natural hacer mención de él en el contrato, y aun determinar su cuantía; pero

si en algún contrato anterior al Código no constaba nada referente al laudemio, ¿puede ó no en lo sucesivo exigirlo siempre el dueño directo en cada enajenación que se realice?

Aunque el sentido del Código, en el párrafo 3.º del art. 1644, nos parece claro, puede sostenerse la misma conclusión, atendiendo sólo á las disposiciones transitorias. Con arreglo á estas, el verdadero hecho generador del laudemio no es la enajenación, sino la misma constitución del censo, que llevaba consigo natural y ordinariamente ese derecho. De aquí hay que deducir que en lo sucesivo, en los censos anteriores al Código, el laudemio sigue siendo un derecho propio del dueño directo, hubiese sido ó no expresamente pactado al tiempo de su constitución.

No podrá exigirse laudemio cuando en el contrato hubiese renunciado á ese derecho el dueño directo, ó cuando se trate de actos más ó menos análogos á la enfiteusis, pero que no lo sean realmente, ó no reunan todos los caracteres propios y exclusivos de tal derecho.

En los censos enfitéuticos constituídos después de regir el Código, no es exigible el laudemio mientras no se pacte expresamente. Si se pacta su cuantía, se respetara lo estipulado, sea superior ó inferior al 2 por 100.

Anteriores ó posteriores los censos á la publicación del Código, al existir el laudemio como derecho propio del dominio directo, ó por haberse estipulado expresamente, le son aplicables los preceptos del segundo párrafo del art. 1644, y de los 1645 y 1646, porque ninguno de ellos altera ese derecho en su esencia, y sólo regula su ejercicio.

Estos preceptos, como el del último párrafo del art. 1631, que también se refiere al laudemio, son bastante sencillos, presentando sólo una relativa dificultad el del art. 1646.

Hoy, como antes, el tipo legal del laudemio, aplicable en el caso de no haberse estipulado otro distinto, es el 2 por 100.

El laudemio lo paga el adquirente, y se paga sólo en las enajenaciones á título oneroso, salvo pacto en contrario.

La acción para reclamar el laudemio es desde luego, con arreglo al Código, de naturaleza personal, puesto que sólo procede tal derecho cuando expresamente se estipula, y el art. 1645 impone la prestación á una persona determinada.

Esto supuesto, el término ordinario de prescripción de la acción es de quince años, contados desde la enajenación (artículo 1964). Pero la ley, atendiendo á circunstancias especiales que aconsejan la disminución de ese largo plazo, concede sólo un año, á partir de la inscripción de la enajenación en el Registro, cuando el enfiteuta haya sido autorizado por el dueño directo para el acto, ó haya al menos cumplido su deber de avisarle para el ejercicio del derecho de tanteo.

Para que proceda, pues, el plazo de un año, es indispensable que haya mediado dicho aviso, y que se inscriba la enajenación en el Registro. Como en las ventas judiciales el aviso no es necesario, ni el dueño directo tiene que dar licencia para la enajenación, puede sostenerse que en ellas ese requisito se da por supuesto, y basta la inscripción.

El laudemio no puede nunca reclamarse al tercer poseedor de la finca, se apoye ó no en un título inscrito.

Por último, el art. 1631 determina que cuando se verifique la expropiación forzosa de la finca, y haya de pagarse laudemio, el dueño directo percibirá solamente por tal concepto lo que corresponda á la parte de precio que pertenece al enfiteuta, disposición justa, porque el resto del precio es del mismo dueño directo.

Es claro que al ejercitar el dueño directo su derecho de tanteo ó retracto, no procede nunca el pago de laudemio, puesto que en todo caso, á él, como adquirente, correspondería su pago. Lo mismo se entendía en el derecho antiguo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1897, declara que no procede la devolución del laudemio al anularse la venta que la motivó, si no fué citado el dueño directo y emplazado en el pleito en que se resolvió la nulidad.

La de 9 de Noviembre de 1898, aplicable á Cataluña, resuelve que el laudemio procede lo mismo en las enajenaciones

voluntarias que en las forzosas, y aun en el caso de expropiación por utilidad pública, y que en este caso no puede el dueño directo pedir la amortización, fundándose en que se enajena á manos muertas, puesto que domina el interés público. El derecho de amortización, hoy en desuso, consistía en la facultad del dueño directo, en el caso de cederse ó venderse la finca á manos muertas, de exigir un aumento de pensión para compensar la pérdida de laudemios, resultante del estancamiento de la riqueza, ó que se enajenase el dominio útil á persona hábil en el término de un año.

Códigos extranjeros.—El art. 1693 del Código de Portugal concuerda en el fondo con nuestros artículos 1644 y 1645.

El 3240 del Código de Méjico, prohibe en absoluto que se pacte laudemio.

ARTÍCULO 1647

Cada veintinueve años podrá el dueño directo exigir el reconocimiento de su derecho por el que se encuentre en posesión de la finca enfitéutica.

Los gastos del reconocimiento serán de cuenta del enfiteuta, sin que pueda exigírsele ninguna otra prestación por este concepto.

Reconocimiento del censo.—El reconocimiento del censo era un derecho que no se negaba al dueño directo en la práctica. aunque no estaba consignado en la ley, y de hecho se utilizaba de tiempo en tiempo. La escritura de reconocimiento de censo no era en los últimos tiempos una renovación del mismo, sino una prueba de su existencia; pero bien pudiera sostenerse que en un principio significaba una verdadera renovación, una nueva concesión del mismo censo cuando su constitución era temporal.

En la lucha de una institución jurídica tan permanente como el censo con los perniciosos efectos del tiempo, que siempre tiende á borrarlo todo y oscurecerlo, el reconocimiento constituía una verdadera necesidad. Perdidas muchas escrituras ó documentos de constitución de censo enfitéutico, el reconoci-

miento venía á suplirlos y á asegurar la vida de un derecho que tal vez sin él hubiera acabado por desaparecer.

El Código eleva á precepto escrito la práctica existente. Cada veintinueve años el dueño directo tiene derecho á exigir el reconocimiento de su derecho. En Aragón este derecho se nombra *antípoca* y en Cataluña *cabrevación*.

El reconocimiento del censo no exige escritura pública, con arreglo á la docrina del Código. Puede inscribirse, pero no es necesaria tampoco su inscripción cuando ya consta registrada la escritura del censo. No siendo así, el reconocimiento, no sólo puede inscribirse, lo que nunca estorba, sino que debe serlo, y la inscripción presta gran utilidad respecto á censos antiguos, cuya constitución no consta ó consta sólo de unmodo incompleto.

El reconocimiento del censo debe hacerse por el poseedor de la finca gravada, no siendo eficaz cuando se hace por un poseedor anterior á quien en el momento del acto ya no le pertenece el inmueble ni le incumbe cumplir la carga.

El reconocimiento del censo cada veintinueve años, es un medio seguro de impedir su prescripción que, como sabemos, sólo se realiza por su falta de ejercicio durante treinta años. A este fin coadyuva el precepto del art. 1616, porque el recib o ó resguardo que el enfiteuta ha de entregar al dueño directo siempre que se le exija, equivale á un verdadero reconocimiento del censo é imposibilita también la prescripción.

Pero se trata de dos derechos del dueño directo de los que puede ó no usar. Usando del concedido en el 1616, el del 1647 no es casi necesario, aunque puede servir para fijar otras condiciones del censo. Descuidado el uso de aquél, el del 1647 es convenientísimo.

El censo, sin embargo, es un derecho ó una carga de naturaleza perpetua lo mismo para el enfiteuta que para el dueño directo. Si aquél puede aspirar á considerarse dueño absoluto del inmueble con el transcurso del tiempo, amparándose en la prescripción, el dueño directo también puede abusar pretendiendo á larga que el enfiteuta es sólo un colono ó arrendatario. De

aquí que se sostenga por algunos autores la conveniencia de conceder también al dueño útil el derecho de exigir el reconocimiento del censo al dueño directo.

No creemos que fuese inconveniente la concesión de tal derecho con lo que quedaría más igualada la condición de los condueños. Pero el Código no lo ha juzgado necesario por creer que las circunstancias no son idénticas. El enfiteuta pagará anualmente la pensión, y al pagarla, el recibo del dueño directo es tan natural y acostumbrado, que no puede menos de servirle de resguardo para acreditar cada año su carácter de censatario, con tanto mayor motivo cuanto más interés tenga en que conste la verdad. El resguardo del enfiteuta no es costumbre exigirlo: el descuido aquí es más posible y natural. Además, ese resguardo no se exigía antes de la vigencia del Código, y el precepto del art. 1647 no es dudoso que concede un derecho á todo dueño directo, como estaba ya reconocido en la práctica, con relación á censos anteriores ó posteriores á dicho cuerpo legal, lo que pone de relieve la diferencia de circunstancias y la utilidad de la concesión.

Los gastos de reconocimiento, son con arreglo á la ley, de cuenta del enfiteuta. Hecho ese reconocimiento por exigencia del dueño directo y para su exclusiva utilidad, lo natural sería lo contrario, y para desvanecer toda duda consigna el art. 1647 esa prescripción, añadiendo que no podrá exigirse al enfiteuta por tal concepto, ninguna otra prestación.

Con las últimas palabras quiere evitarse todo abusopor parte del dueño directo, y se prohibe, en realidad, que pueda pactarse el abono por el enfiteuta, en cada reconocimiento del censo, de un tanto por ciento del valor de la finca, ó de alguna prestación independiente del pago de los gastos originados por dicho acto.

El enfiteuta pagará, pues, en su caso, los gastos del original y copia de la escritura y el impuesto de derechos reales. Se entiende únicamente en cuanto á gastos necesarios; los que se originen sólo para mayor comodidad ó utilidad del dueño directo, deben ser á cargo de éste.

Con arreglo al núm. 16 del art. 3.º de la ley del impuesto de

derechos reales, gozan de exención los reconocimientos de censos cuando el censualista acredite haber satisfecho el impuesto por la adjudicación y tenga por exclusivo objeto hacer constar la existencia ó la rehabilitación del ejercicio del derecho por parte de aquél.

El dueño directo podrá exigir el reconocimiento del censo antes de los veintinueve años, habiendo razón para ello, pero en tal caso, los gastos á que el acto dé lugar, deben ser de su cuenta, pues el enfiteuta sólo está obligado cuando se den las circunstancias prevenidas en el art. 1647.

Códigos extranjeros.—Concuerda este artículo con el 1563 del Código de Italia, y 1518 del de Venezuela.

ARTÍCULO 1648

Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución:

1.º Por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos.

2.º Si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato ó deteriora gravemente la finca.

ARTÍCULO 1649

En el caso primero del artículo anterior, para que el dueño directo pueda pedir el comiso, deberá requerir de pago al enfiteuta judicialmente ó por medio de Notario; y, si no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, quedará expedito el derecho de aquél.

ARTICULO 1650

Podrá el enfiteuta librarse del comiso en todo caso, redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta días siguientes al requerimiento de pago ó al emplazamiento de la demanda.

Del mismo derecho podrán hacer uso los acreedores del enfiteuta hasta los treinta días siguientes al en que el dueño directo haya recobrado el pleno dominio.

Comiso en los censos.—Entramos en el examen de otro derecho exclusivo del dueño directo.

Sin duda, el censo enfitéutico, en su origen, significaba sólo una especie de arrendamiento por tiempo indefinido, no propiamente perpetuo, que atribuía al señor la facultad de recobrar la finca al llegar la terminación del plazo de duración incierta, pero de expiración segura. Los señores, al renacer este censo en la Edad Media, se reservaban también ese derecho, ó el de renovar la carta ó contrato, al llegar, por ejemplo, la cuarta generación, y aun cuando se renovase, gustábales seguir con la misma amenaza siempre suspendida sobre la fortuna del triste poseedor.

La misma costumbre de renovar el censo y su casi perpetua existencia, borró con el tiempo esa cláusula de reversión, é impidió siempre que, aun consignada, se pusiese en práctica. Hería intereses de personas que, durante siglos, habían poseído y trabajado las fincas, y habíanse acostumbrado á mirarlas como propias. De aquí la ardua cuestión suscitada en Asturias y Galicia con relación á los foros.

Ese derecho especial, quizás no extraño á la naturaleza del censo enfitéutico, no existía ya en Castilla con mucha anterioridad al Código civil, y era por completo distinto del derecho de comiso, facultad también del dueño directo para recobrar la finca acensuada, pero no por la expiración del plazo más ó menos indefinido fijado para su concesión, sino como pena ó castigo al enfiteuta por la comisión de faltas determinadas.

A) *Precedentes.*—Para comprender la transcendencia de la doctrina innovadora que el Código civil ha realizado en esta materia, debemos exponer lo que con relación al comiso se consideraba como doctrina vigente en la legislación anterior, ó se admitía como cierto en la práctica.

Dejando aparte el contenido de la ley 3.ª, tít. 14, Partida 1.ª, que sólo sirve para inducir á confusión, trataban de dicha materia las leyes 28 y 29 del tít. 8.º de la Partida 5.ª, que disponían lo siguiente:

Ley 28. «E aun dezimos que si la cosa que es dada á censo, es de Eglesia ó de orden, si aquel que la touiesse retouo la renta, ó el censo, por dos años, que lo non diesse, ó por tres años si fuesse de ome lego que non fuesse de Orden, que dende en adelante los señores della, sin mandado del Juez, la pueden tomar. Pero si despues destos plazos sobredichos, quisiessen pagar la renta por sí sin pleyto ninguno, fasta diez dias, deuela rescebir el señor de la cosa, e estonce non ge la deue tomar, E si á ninguno destos plazos non pagasse la renta, estonce puédele tomar la cosa el señor, magüer no le pidiesse el censo, él por sí nin otro por él. Ca entendiesse que el dia del plazo á que deue pagar la renta, lo demanda por el señor, é aplaza al otro que la pague.»

Ley 29. «Mas á otras personas de que non podiesse auer tan ligeramente el censo, non la puede vender ni empeñar (la finca), assi como á Orden ó á otro ome mas poderoso que él, que estonce non valdria, é perderia por ende el derecho que auia en ella.»

La falta de pago de la pensión durante dos ó tres años consecutivos, según que el censo fuese laical ó eclesiástico, y el venderse la finca por el enfiteuta á persona de la que no se pueda cobrar tan fácilmente la pensión, eran, pues, las causas que producían el comiso con arreglo á las citadas leyes, y aunque clara y expresamente no comprende la ley otras, deducíase de su espíritu que también procedía el comiso en los casos siguientes:

1.º Cuando se vendía la finca sin dar aviso al dueño directo para que pudiese ejercitar su derecho de prelación.

2.º Cuando se deterioraba considerablemente la finca por causa del enfiteuta.

3.º Cuando dejaban de cumplirse las condiciones estipuladas en favor del dueño directo.

En virtud de deducciones más ó menos sutiles ó racionales, y tratando de aminorar los efectos del comiso, se sostenía la no procedencia de tal derecho en los siguientes casos:

a) Cuando el enfiteuta no pagase la pensión por ignorancia ú otro motivo legítimo.

b) Cuando la pensión podía compensarse con otra cantidad adeudada por el dueño directo.

c) Cuando el señor se había negado á admitir la pensión, haciéndose el pago en el tiempo, forma y cuantía convenidos.

d) Cuando una vez procedente el comiso, el dueño directo no la ejercitaba, y admitía el pago de las pensiones debidas ó de otras posteriores.

e) Cuando el enfiteuta pagaba la pensión dentro de los diez días siguientes al transcurso de los dos ó tres años fijados para la procedencia del comiso.

Sólo debemos añadir que, aunque la ley autorizaba al dueño directo para recobar por sí la finca, sin intervención judicial, esto sólo podría ocurrir cuando el enfiteuta se prestase á ello no oponiéndose al comiso, y que, á pesar de existir el derecho escrito en la ley, no solía practicarse.

Véase lo escrito por Gil con relación á estas cuestiones: «El derecho de apoderarse de la cosa de propia autoridad suele decirse que no está en uso. Querrá manifestarse que la ley permisiva que tal hecho autoriza, se halla derogada por costumbre contraria, en lo que concierne á tal autorización. A primera vista parece que se trata de algún derecho bárbaro que puede degenerar en atentado contra la seguridad de las personas. Pero la ley no concede facultad para verificar el comiso á viva fuerza. Cuando de parte del enfiteuta hay resistencia, es de razón valerse de los Tribunales y no hacer uso de la fuerza material. Podría, sin embargo, suceder, que, no hallándose presente el enfiteuta, se tratase de llevar á efecto la incautación; y esto se resiente de falta de equidad. De mucho mejor efecto hubiera sido establecer un juicio sumario para que los Tribunales declarasen el comiso, precediendo siempre á esto alguna intimación.»

B) *Comentario.*—Veamos ahora la doctrina del Código, no sin hacer constar que las disposiciones referentes al comiso de-

ben interpretarse en sentido restrictivo, y así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1899.

El derecho de *comiso*, hoy como antes, consiste en la facultad *del dueño directo* para recobrar en casos determinados el dominio útil, consolidándole con el directo.

El *abandono* ó la dimisión de la finca enfitéutica produce, en esencia, el mismo efecto que el comiso; pero es un derecho *del enfiteuta* en casos también determinados, y por tanto, esencialmente distinto de aquél.

Procede hoy el comiso con arreglo al art. 1648 del Código civil:

1.º Por falta de abono de la pensión durante tres años consecutivos, siempre que requerido el enfiteuta para el pago no lo verifique dentro de los treinta días siguientes á la fecha del requerimiento.

2.º Por falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato.

3.º Por deterioro grave de la finca.

La acción de comiso, como resolutoria, prescribe á los cuatro años, á contar del hecho que la ocasiona.

I. *Falta de pago de la pensión.*—La distinción antes establecida entre censos eclesiásticos y censos laicales no podía subsistir. El Código para que proceda el comiso, exige siempre la falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos. Ya sabemos que, según el art. 1621, el recibo que acredite el pago de una sola pensión no supone que estén satisfechas las anteriores, necesitándose para esa presunción que consten abonadas dos pensiones consecutivas.

La ley, atendiendo á que puede haber habido por parte del enfiteuta ignorancia ú otro motivo legítimo para no pagar, y á que el mal del comiso puede, en el caso que nos ocupa, evitarse fácilmente, no se contenta con que exista la falta de pago de tres pensiones, sino que además ordena que se requiera al enfiteuta para que pague, y le concede aun treinta días para ello después del requerimiento.

El enfiteuta, por tanto, ya no puede alegar que quiso pagar la pensión y no se la admitieron, ni que ignoraba el censo ó la persona del dueño directo, ó su residencia, ó que existió otro motivo legítimo para no pagar, ni puede excusarse presentando el recibo de un año posterior á los que se le reclaman. Dentro de los treinta días paga sin excusa ó procede el comiso. Sólo puede librarse justificando el pago de los años que se le reclaman ó el de dos anualidades posteriores á las que sean objeto de la reclamación y consecutivas. En el acto del requerimiento puede el enfiteuta alegar la compensación, el pago legalmente hecho á tercera persona, la prescripción de la pensión, el perdón de la deuda, etc., y si sobre tales hechos ó excepciones legítimas se suscitase cuestión entre los interesados, resolverán los Tribunales.

El requerimiento ha de hacerse al enfiteuta judicialmente ó por medio de Notario. El art. 1649, en evitación de cuestiones sobre el particular, así lo exige de un modo terminante.

Declara la sentencia de 31 de Octubre de 1906, que á los efectos del art. 1649 del Código civil, basta que el requerimiento se haga por el Juzgado municipal.

II. *Falta de cumplimiento de la condición estipulada en el contrato.*—A pesar de emplearse en singular la palabra *condición*, y de ser peligrosa la interpretacion extensiva del precepto, no puede menos de sostenerse que en el art. 1648, condición no es un hecho incierto de cuyo cumplimiento ó incumplimiento dependa la eficacia de la relación jurídica. Suspensiva esa condición, no nacería el censo al faltar su cumplimiento y no podría hablarse de comiso. Resolutoria, la falta de cumplimiento de la condición, afirmaría el derecho del enfiteuta en vez de hacerlo cesar.

Condición estipulada, en el art. 1648, equivale, por tanto, á hechos que, con arreglo al contrato, debe realizar ó no realizar el enfiteuta, hechos que dependen de su voluntad y de su cuidado, y que al no cumplirse pueden producir el comiso. Si al concepto se da toda la extensión posible que abarca su generali-

dad, resultará que habiéndose estipulado que el enfiteuta cuide ó mejore la finca, ó plante viña ú olivar, que pague las contribuciones, que avise al dueño directo para el tanteo, que no hipoteque ó no arriende, ó no divida la finca, etc., al dejar de hacer ó cumplir cualquiera de estas condiciones, procederá el comiso, siendo esta pena una amenaza continua, llamada á intervenir todos los actos del enfiteuta.

Como en estas condiciones hay algunas más importantes que otras, y las hay que aparecen impuestas en la ley, sin que por ésta se pene con el comiso su falta de cumplimiento, y sin que la circunstancia de que además consten estipuladas deba tener influencia en la cuestión, debemos deducir, dando al precepto una interpretación restrictiva, que procede el comiso por falta de cumpiimiento de aquellas condiciones que se imponen al enfiteuta en el contrato, y en él se castigan ó aseguran con esa pena especial.

III. *Deterioro grave de la finca.*—Siendo el comiso una pena es fundado suponer que sólo procede, cuando el deterioro grave, de la finca es debido al dolo, la culpa ó la voluntad del censatario ó enfitetua. Así se entendía en el derecho antiguo, y el Código no pretende en modo alguno ser más riguroso que la ley ó costumbre anterior; su espíritu es manifiestamente contrario á esa tendencia.

A pesar de la generalidad de expresión debe deducirse que para que proceda el comiso es indispensable que resulte un deterioro grave de la finca y que sea imputable al enfiteuta. Además del comiso, el dueño directo podrá exigir, como es natural, en este caso, la indemnización de daños y perjuicios.

La cuestión relativa á si el deterioro de la finca es ó no de tal consideración que merezca el calificativo de grave, la resolverán los Tribunales, en caso de no ponerse de acuerdo los interesados. Es grave un deterioro de importancia que disminuya bastante el valor de la finca ó sus productos, pueda ó no remediarse con más ó menos facilidad, porque el remedio es ya cuestión extraña al hecho consumado del deterioro grave, ocurrido

por falta de cuidado ó mala intención del enfiteuta. El Código de Méjico considera grave el deterioro cuando la finca pierde una cuarta parte de su valor.

Así, pues, si la finca se deteriora por fuerza mayor ó caso fortuito, es un derecho del dueño útil el abandono ó desamparo de la finca. Si se deteriora gravemente por culpa del enfiteuta, es un derecho del dueño directo el comiso y además la indemnización.

Pero aun en este caso, y aparte la indemnización, el artículo 1625 concede al enfiteuta la facultad de seguir pagando la pensión ó dimitir la finca. ¿Cómo relacionaremos este derecho de libre elección alternativa en el censatario, con el especial de comiso concedido al dueño directo en el art. 1648? En el censo enfitéutico, este último artículo es preferente; si el deterioro es grave y el dueño directo exige el comiso, el enfiteuta tiene que ceder, no puede optar por seguir pagando la pensión.

Medio para evitar el comiso.—El art. 1650 señala el único medio que existe para evitar el comiso. Este medio es la redención del censo. La ley considera que el derecho del dueño directo consiste en que se le devuelva el capital que entregó, que, de ordinario, le será más conveniente recibir su capital en dinero y no en fincas, que, en cambio, el enfiteuta, habituado al cultivo y á mirar la cosa como suya, puede convenirle quedarse con la finca y devolver el capital, y que así se impiden también cuestiones relativas á mejoras ó desperfectos y se evitan tal vez litigios, siempre perjudiciales. La redención consolida los dominios, simplifica todas las relaciones y libera la propiedad.

La redención es, en primer término, un derecho del enfiteuta; pero derecho del que debe usar cuando el comiso procede, dentro del término que al efecto señala la ley.

Este término es de treinta días, que en el caso de incumplimiento de condiciones ó deterioro grave de la finca, se cuentan desde el emplazamiento para contestar la demanda, y en el caso de falta de abono de la pensión, desde el requerimiento judicial ó notarial para el pago, ó lo que es lo mismo, en este

caso los mismos treinta días que se conceden al enfiteuta para pagar, son los que tiene para decidirse á realizar la redención.

La sentencia de 31 de Octubre de 1906 declara con relación á esta materia:

1.º Que los arts. 1649 y 1650 no establecen dos plazos utilizables á la vez en un mismo caso, á elección del censatario cada uno de ellos de treinta días, sino uno solo que se cuenta desde el requerimiento, ó desde el emplazamiento según los casos.

2.º Que transcurridos treinta días desde el requerimiento sin pagar las pensiones atrasadas ni redimir, no puede dejarse sin efecto el comiso.

Los acreedores del enfiteuta pueden también, dentro del mismo término redimir la finca ó el censo en nombre del deudor, y no haciéndolo éste, ejercitando los derechos que le competen y fundándose en el precepto general del art. 1111.

En tal caso, si hay pensiones vencidas no satisfechas, es indispensable abonarlas al proceder á la redención.

Transcurridos los expresados treinta días, si el dueño directo quiere usar de su derecho, el enfiteuta no puede impedir el comiso.

Pero hasta entonces, y aun después de consumado ese comiso, y haberse consolidado ambos dominios, pueden los acreedores del enfiteuta intervenir y obligar al dueño directo á la redención.

Intervención de los acreedores del enfiteuta.—Este derecho de los acreedores, prorrogado hasta los treinta días siguientes al en que el dueño directo ha recobrado el pleno dominio del inmueble, no puede menos de considerarse excepcional y tal vez exagerado.

La ley tiende ante todo á limitar el comiso y á facilitar la redención, y parte además de la base de no ser perjudicial la redención para el dueño directo, y poderse así armonizar sus derechos con los de los areedores del dueño útil, á los que el comiso puede ocasionar un daño irreparable en ciertas ocasiones.

Es este derecho de los acreedores algo análogo al concedido en el art. 1001 para aceptar una herencia después de renunciada por el deudor, ó al del art. 1937, para hacer valer la prescripción y utilizarla después de la renuncia expresa ó tácita del mismo.

Son acreedores todas aquellas personas que tengan derecho á exigir del enfiteuta alguna prestación, tengan ó no asegurado su derecho con gravamen real sobre la finca. Confiando tal vez en la propiedad más ó menos limitada del enfiteuta, prestaron al mismo, ó trabajaron en su interés, y no sería justo que por actos dependientes de la voluntad de ese dueño sobreviniese el comiso con sus desastrosas consecuencias.

Desde luego ha de tratarse de acreedores anteriores á la fecha del ejercicio del derecho de comiso. ¿Será necesario que los créditos se hallen vencidos? La ley sólo exige que se les deba por el enfiteuta alguna prestación, y esta circunstancia debe considerarse suficiente, puesto que el interés del acreedor es idéntico, é igual la utilidad del remedio. Por último, será indispensable, medie ó no contienda judicial, que los acreedores justifiquen cumplidamente su carácter de tales, presentando los documentos que lo acrediten, ó la confesión del deudor, ó prueba necesaria, todo en forma tal que la existencia del crédito y su fecha puedan hacer fe contra terceros para evitar abusos.

¿Basta, para utilizar los acreedores el derecho de redención, que entreguen al dueño directo el capital del censo? No tal; los acreedores obran en interés propio; pero si no precisamente por el enfiteuta ó en su nombre, en identidad de condiciones que él, haciendo suyos los derechos y las obligaciones de aquél. Por eso, además del capital, deben abonar los acreedores, en su caso, las pensiones vencidas y no satisfechas, y aun los gastos del juicio imputables al enfiteuta, si por retrasarse en el ejercicio de su derecho á redimir dan lugar á que se ocasionen, porque la intervención de los acreedores no debe mermar al dueño directo ninguno de los derechos que tendría sin esa intervención.

En caso de deterioro grave de la finca imputable al enfiteuta

procede también la indemnización de daños y perjuicios al dueño directo; pero no cabe ocuparse aquí de tal supuesto, porque deteriorada gravemente la finca, los acreedores no han de hacer uso de un derecho que sería para ellos, más aun que inútil perjudicial.

Pues bien: supongamos realizada en tiempo oportuno la redención por los acreedores del enfiteuta. ¿Queda la finca en poder del dueño útil, ó en poder de los acreedores? Podrá distinguirse. Ejercitado el derecho de redención dentro de los treinta días desde el emplazamiento ó requerimiento que se conceden al efiteuta, debe éste tener preferencia sobre sus acreedores, y si éstos rediman, debe entenderse que lo hacen en nombre de aquél, en cuyo poder quedará la finca. Si, por el contrario, los acreedores ejercitan el derecho después de los expresados treinta días, el enfiteuta ha perdido ya su derecho á la redención, quedándole sólo los inherentes al comisó, por lo que, sin perjuicio de lo que por éstos le pueda corresponder, si hay sobrante, la finca debe pasar á poder de los acreedores para reintegrarse en primer término de lo abonado por la redención y después de sus créditos hasta donde sea posible, dando el sobrante de su valor, si lo hubiere, al enfiteuta, puesto que este sobrante no puede menos de representar mejoras en el inmueble, que aun en caso de comiso pertenecerían al dueño útil. A este efecto, el acreedor ó los acreedores pueden vender la finca, ó entenderse con el que fué enfiteuta, tratando de armonizar todos los derechos.

El recurso de redimir concedido á los acreedores en el artículo 1650, ¿es ordinario ó extraordinario? ¿Puede realizarse siempre, ó sólo á falta de otro medio para poder los acreedores cobrar del enfiteuta? También aquí pudiera distinguirse, según que se hubiese ó no consumado el comiso, pues después de éste se obtiene la rescisión de un acto válidamente realizado, y parece procedente aplicar las reglas generales en materia de rescisión. Pero la ley concede el derecho lisa y llanamente, sin distinciones, y no hay razón de peso para establecerlas en la cues-

tión propuesta, cuando el poder ó no cobrar los acreedores por otro medio, es por completo independiente de que el comiso sea ya un hecho ó sólo se haya reclamado. Además, la rescisión, ó mejor resolución, del comiso en el caso que nos ocupa, es legal, equivale realmente á una condición resolutoria que afecta á la adquisición por el dueño directo hasta los treinta días siguientes á esa adquisición. No cabe tampoco sostener que el enfiteuta, al no redimir, obre en fraude de sus acreedores, ni sufren éstos realmente perjuicio, ya que aun ejercitado el comiso, las mejoras de la finca se abonan al enfiteuta. Por último, se deduce de la ley que su fin esencial es facilitar la redención, y por tanto, que en todo caso, y como un recurso ordinario, pueden los acreedores, dentro del término que se les marca, realizar la redención. La cuestión, después de todo, no tiene gran importancia, porque los acreedores que puedan cobrar por otro medio sus créditos contra el enfiteuta, no es lógico que utilicen el del artículo 1650, que exige un nuevo desembolso para la redención. Además, si la ley hubiera querido convertir ese derecho en recurso extraordinario lo hubiera establecido, así como sucede en el caso del art. 1111.

El precepto del segundo párrafo del art. 1650 exige mayor desenvolvimiento en el Código. Se presta desde luego á abusos, por virtud de los cuales recaiga en favor del mismo enfiteuta, mediante simulación de créditos, lo que se concede á sus acreedores legítimos. Quedan, además, muchas dudas difíciles de resolver, de las que sólo representan alguna muestra lo expuesto en el comentario. ¿No sería preferible que el derecho de los acreedores no pudiese traspasar el límite fijado al del mismo deudor, avisándoseles la procedencia del comiso, para que dentro de cierto plazo pudiesen utilizar la redención? Las acciones resolutorias no deben concederse por la ley más que en casos extremos, y dado el precepto del art. 1652, la simple intervención de los acreedores en el comiso, debiera ser suficiente salvaguardia de sus derechos, pues ya cuidarían de que quedase para el enfiteuta, y por tanto, para poder ellos cobrar, en lo posible,

cuanto legalmente con arreglo á dicho artículo pudiera corresponderles, todo sin perjuicio de ejercitar la redención si la estimaban preferente, pero siempre antes de consumarse el comiso y sin acudir á su resolución.

La redención ha de ser total, el comiso puede ser parcial.—La redención, como derecho concedido al enfiteuta ó á sus acreedores en el art. 1650, no exige el cumplimiento del 1609, que requiere aviso con un año de antelación, ó anticipo de una pensión anual; pero hí sa de acomodarse á lo prescrito en los artículos 1610 y 1612.

La redención ha de ser, por lo tanto, total. Cabe que la finca gravada con el censo pertenezca proindiviso á varios dueños útiles. Ya proceda el comiso por culpa de todos, ó sólo de alguno, pues el derecho del dueño directo no puede coartarse por el hecho de pagar y cumplir bien algunos enfiteutas si los demás no cumplen, es lo cierto que dicho comiso puede evitarse mediante la redención. ¿Debe, en tal caso, ser total, ó se admitirá la redención parcial relativa á los enfiteutas que dieron lugar al comiso? Pudiera creerse que la contestación depende de otro problema, el de si el comiso debe ser total, ó ha de limitarse á las participaciones indivisas de la finca, ó las varias determinadas gravadas en unión con otras con el censo, y pertenecientes á los dueños útiles que incurren en la pena. Pero no es así: la redención es un derecho del enfiteuta, y en el caso del art. 1650, es casi un privilegio que se le concede para librarse del comiso, puede obligar al dueño directo á redimir, pero á redimir como ordena la ley, esto es, totalmente, no de otro modo por su conveniencia.

De aquí la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de Mayo de 1896, en la que se declara que, oponiéndose á la redención parcial el dueño directo, se impone la total, que ha de poder realizarse por cualquiera de los dueños útiles cuando sean varios, sin perjuicio de las relaciones que por este nuevo estado de derecho se establezcan entre el que redime y los demás dueños útiles.

Por lo demás, la ley que impone la redención total, no exige que el comiso haya de ser total, pues hace depender siempre este derecho de hechos imputables al enfiteuta, por lo que si son varios, y unos incurren en falta y otros no, lo natural, y lo justo, y lo que aconseja la interpretación restrictiva que merece el precepto, es que el comiso recaiga sobre las indivisas participaciones ó fincas parciales de los enfiteutas morosos, culpables ó negligentes que dieron motivo á la pena.

C) *Legislación hipotecaria.*—Los preceptos de la ley Hipotecaria no pueden menos de modificar en ciertos casos la doctrina del Código en las relaciones jurídicas con terceras personas, cuyos derechos se apoyen en un título inscrito.

Inscrito el censo, cuantos adquieran la finca, la reciben é inscriben con ese gravamen, del que es una condición legal el comiso. Por lo tanto, cuantas enajenaciones pueda realizar el enfiteuta, con el fin de evitar esa facultad del dueño directo, son inútiles. Los adquirentes de la finca enfitéutica no son terceros con relación al dueño directo, y de nada serviría que alegasen ese carácter para oponerse al comiso.

Pero cabe que inscrita la finca en el antiguo Registro sin el gravamen del censo, y no inscrito en parte alguna el derecho del dueño directo, se enajene el inmueble como libre y como tal se inscriba. Este tercero, y los que de él deriven su derecho, pueden ampararse en su título para oponerse al comiso, mientras no se pruebe que conocían el censo, y le reconocieron y aceptaron de algún modo.

Ejercitado el comiso por el dueño directo, é inscrito á su nombre el dominio pleno de la finca, pueden los acreedores del enfiteuta pretender la redención dentro de los treinta días que se les marcan; pero si la finca se transmite á otra persona antes de ese plazo, y este tercero inscribe su derecho, contra él ya no pueden los acreedores hacer valer su derecho de redención, á no constar en el Registro explícitamente, cosa que no es verosímil, la condición resolutoria que envuelve esa excepcional facultad de los acreedores.

Por último, puede ocurrir que el enfiteuta, en uso de su derecho, haya hipotecado su dominio útil, ó constituído sobre la finca otros gravámenes, y que en tales circunstancias se ejercite el comiso por el dueño directo. ¿Qué suerte corren entonces esos gravámenes?

Provee á este supuesto el art. 118 de la ley Hipotecaria. «Cuando un predio enfitéutico caiga en comiso con arreglo á las leyes, pasará al dueño del dominio directo con las hipotecas ó gravámenes reales que le hubiere impuesto el enfiteuta, pero quedando siempre á salvo todos los derechos correspondientes al mismo dueño directo.»

La exposición de motivos de dicha ley daba en esta forma la razón de su precepto: «Puede suceder que el predio dado en enfiteusis caiga en comiso, porque cualesquiera que sean la justicia y la conveniencia de este precepto, es un hecho que hoy está escrito en la ley, que no puede ser incidentalmente discutida ni reformada en el proyecto que se presenta. Arreglándose la Comisión al derecho constituído y en armonía con él, propone que cuando por haber caído el predio en comiso pase el dominio útil al dueño directo, se entienda que es con las hipotecas ó gravámenes que hubiere impuesto el enfiteuta, en cuanto no sean perjudicados los derechos del mismo dueño directo. Esta declaración, que, atendidas la equidad y el derecho, debería sobreentenderse, no es ocioso para quitar cuestiones fundadas en que la constitución de la enfiteusis lleva implícita la pena del comiso, y que, debiendo retrotraerse á ella la caducidad del derecho del enfiteuta, procede que se tengan como anuladas todas las hipotecas y cargas reales impuestas por el dueño útil.»

Se han considerado por varios autores inconciliables los dos extremos del precepto que encierra el art. 118 de la ley Hipotecaria. Si la finca pasa al dueño directo con las hipotecas y gravámenes que le hubiere impuesto el enfiteuta, ¿cómo se respetan los derechos del dueño directo? Si se dejan á salvo los derechos del dueño directo, ¿cómo se pueden respetar los gravámenes expresados?

Distinguidos comentaristas de la ley Hipotecaria explican el precepto, y suponen que ha quedado sin vigor por virtud de lo dispuesto en el art. 1650 del Código civil al permitir á los acreedores del enfiteuta librarse de las consecuencias del comiso verificando la redención.

No nos parece cierta ni aquella contradicción ni este supuesto.

En primer lugar, la ley Hipotecaria no habla sólo de hipotecas, sino también de otros gravámenes, como servidumbres, usos, usufructos, arrendamientos inscritos, etc., y no á todos los poseedores de estos derechos puede considerárseles propiamente como acreedores del enfiteuta á los efectos del art. 1650 del Código. En segundo lugar, y principalmente, este artículo concede á los acreedores un derecho, no les impone una obligación. Pueden ejercitar el derecho, y claro es que entonces no ha de ser aplicable el art. 118 de la ley Hipotecaria en lo que respecta á verdaderos acreedores, aunque sí respecto á otros extremos. Pero pueden no ejercitar el derecho. ¿Quiere esto decir que en tal caso desaparecen por virtud del comiso todas las hipotecas y gravámenes que sobre la finca hubiere impuesto el enfiteuta? El Código no lo dice, ni la justicia ni la razón lo aconsejan. A ese supuesto responde la ley Hipotecaria en su artículo 118, artículo no especialmente derogado por el Código, ley que el Código respeta y declara vigente. No puede, pues, existir la derogación. Veremos después, sin embargo, que el artículo 1634 del Código impone una pequeña modificación.

Tampoco son inconciliables los términos en que se expresa el art. 118. El enfiteuta podía imponer libremente gravámenes sobre la finca enfitéutica, siempre sin perjuicio de los derechos del dueño directo: esto es, los gravámenes afectaban únicamente, como era natural, al derecho del enfiteuta, al dominio útil. Se supone conocido el censo, y en tales condiciones, el que presta, por ejemplo, el enfiteuta y acepta la hipoteca que se le ofrece, desde luego descuenta el gravamen del censo, y entiende que lo que resta de valor al inmueble es bastante garantía.

Ahora bien: el comiso extingue el censo, consolida los dominios, pero siempre en virtud de hechos provenientes de la voluntad del enfiteuta é imputables á él. ¿Podrían quedar á merced de la voluntad de éste los derechos de sus acreedores? Y aunque injustamente se admitiese, ¿es acaso el comiso un medio de enriquecerse el dueño directo en perjuicio del dueño útil? ¿No hay en la finca nada de éste? ¿No deben reintegrásele las mejoras?

Pues dados estos supuestos, el precepto del art. 118 es justo, es lógico y es conveniente. Con la finca pasan al dueño directo las hipotecas, los censos, las servidumbres, en suma, los gravámenes que le hubiere impuesto el enfiteuta. ¿Han de respetase siempre por completo ó en absoluto? La ley no dice eso: se respetan, quedando *siempre* á salvo los derechos correspondientes al dueño directo, como dice el artículo, *en cuanto no sean perjudicados* los derechos de ese dueño, como dice la exposición de motivos. Lo primero, lo esencial, pues, es que el dueño directo, al ejercitar el comiso, se reintegre en todos sus derechos; pero en la finca hay más valor, hay un sobrante que, sin los gravámenes, sería legítimamente del enfiteuta. Pues dentro de ese límite ó exceso se respetan las hipotecas ó las cargas impuestas, lo cual es justo y en nada perjudica al dueño directo. Esto es todo: con la misma limitación que se respeta la imposición de gravámenes, se respeta su subsistencia.

Cuando todos los gravámenes no se pueden respetar íntegramente, habrán de sufrir la natural limitación. Los gravámenes inscritos con anterioridad han de tener preferencia sobre los posteriores. Si un acreedor prestó 1.000 y sólo quedan 500 para su crédito, tendrá, naturalmente, que conformarse; se le da ó concede cuanto le podía corresponder.

Aparte de esto, si tratándose de acreedores propiamente dichos, creen más conveniente para ellos la redención, usando del derecho que les concede el art. 1650, claro es que pueden hacerlo. A ello no se opone la ley Hipotecaria. La redención puede estimarse conveniente, cuando se espere fundadamente la mejo

ra ó aumento de valor de la finca en manos del enfiteuta ó de los mismos acreedores.

Ahora bien: cuando la pensión consista en una parte alícuota de los frutos ó productos de la finca, no puede el enfiteuta imponer gravámenes que disminuyan esos productos, á no consentir en ello expresamente el dueño directo (art. 1634). De aquí se deduce que, impuestos esos gravámenes con su consentimiento, el dueño directo ha de respetarlos, é impuestos sin su intervención, son nulos, para él inexistentes, y no deben, en caso de comiso respetarse. Esta entendemos ser la modificación que debe considerarse hecha por el Código en el art. 118 de la ley Hipotecaria.

D. *Derecho transitorio.*—Los arts. 1648 al 1650 contienen modificaciones de importancia en el derecho anterior al Código, y crean algunos derechos nuevos en favor del enfiteuta. Como en ellos nada se establece con relación á los censos constituídos con anterioridad, es necesario examinar las disposiciones transitorias para poner en armonía, dentro de lo posible, el derecho nuevo con el derecho antiguo, ó fijar cuándo procede la aplicación del uno ó del otro.

Ante todo ha de respetarse lo expresamente convenido por los interesados al tiempo de constituirse el censo, ó con más ó menos posterioridad. Conforme ó no lo convenido con la doctrina del Código, siempre merece preferencia, no oponiéndose á la moral ni al interés público.

Fuera de esta regla general, el principio esencial á que hay que atender es el que las disposiciones del Código no tienen fuerza retroactiva.

Pero este principio se halla en parte modificado en algunas disposiciones transitorias. Así, por ejemplo, según la regla 1.ª, si el derecho apareciese declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen.

Según la regla 4.ª, las acciones y derechos nacidos y no

ejercitados antes de regir el Código, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación anterior, pero sujetándose en cuanto á su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer á lo dispuesto en el Código.

Según la regla 3.ª, los actos ú omisiones castigados con penalidad civil ó privación de derechos. tanto en la legislación anterior como en el Código, quedan sujetos á la legislación más benigna.

Hagamos la aplicación de todos estos principios según nuestra opinión, no sin reconocer que todas estas cuestiones de derecho transitorio son excesivamente delicadas, y en ellas es fácil que se produzca alguna confusión.

El Código modifica, en primer término, las causas que dan lugar al comiso. De las que se citaban en el derecho antiguo, quedan eliminadas dos: la falta de aviso al dueño directo para el ejercicio del derecho de tanteo, y la enajenación ó empeño de la finca á personas de quienes el señor no pudiese cobrar tan fácilmente el censo. La primera de estas causas no constaba en la ley de Partidas, como es fácil comprobar. La segunda estaba en desuso una vez desaparecidas las manos muertas, á las que principalmente se aludía. En realidad, pues, nada se ataca ni nada se ofende. Debe entenderse que las únicas causas legales por que procede el comiso, lo mismo en los censos posteriores al Código que en los anteriores á él, son las que en el art. 1648 se expresan. Ocioso es aquí ocuparse de las disposiciones transitorias.

Procedía antes el comiso en los censos eclesiásticos por falta de pago de la pensión durante dos años consecutivos. Hoy en todo caso no procede mientras no se adeuden tres. El derecho al comiso en sí mismo, en su esencia, existía nacido y verdaderamente adquirido desde la constitución del censo; el derecho á ponerlo en práctica, por no abonarse durante dos años consecutivos la pensión, no nace hasta que exista esa falta, y sólo entonces se puede ejercitar. Si al publicarse el Código algún enfiteuta debía dos anualidades consecutivas en un censo eclesiás-

tico, el dueño directo podría exigir el comiso, porque nacido ya su derecho, sólo de su voluntad dependía el ponerlo ó no en ejercicio. No siendo así, á partir de la vigencia del Código, el comiso no procede aun en esos censos mientras no se adeuden tres pensiones consecutivas, porque reconocido un derecho nuevo al enfiteuta, no puede decirse perjudicado ningún otro derecho adquirido verdaderamente por el dueño directo, ya que el que tenía al comiso se le respeta, y sólo se pone un límite á su ejercicio en un caso determinado, ó por hechos acaecidos después de regir el Código. Cabe, además, estimar comprendida la cuestión en la regla transitoria 3.ª, que exige se aplique la legislación más benigna.

El precepto del art. 1649 no puede motivar duda alguna formal. Por una parte, se admitía en la legislación anterior el derecho del enfiteuta á librarse del comiso, pagando las pensiones aun después de adeudar las de dos ó tres años y transcurrir diez días más. Por otra, y principalmente más que de un derecho nuevo, se trata de un procedimiento racional y sencillo, beneficioso para todos, que la ley introduce y encaja perfectamente en lo que se establece en la regla 4.ª transitoria. El requerimiento judicial ó notarial por treinta días, es indispensable lo mismo cuando se trata de censos nuevos que cuando se trata de censos antiguos.

Por último, el precepto del art. 1650 es de muy distinta naturaleza, porque, por virtud de él, el enfiteuta ó sus acreedores pueden arrebatar al dueño directo su derecho de comiso mediante la redención. Aquí la cuestión es de vida ó muerte para el derecho de comiso en los censos constituídos con anterioridad al Código civil. Se trata sí de un derecho nuevo ó establecido por primera vez en el Código, en favor del enfiteuta y de sus acreedores, pero si se le da efecto desde luego, se perjudica el derecho al comiso del dueño directo, derecho nacido al constituirse el censo, aunque no ejercitado con anterioridad al Código civil; derecho verdaderamente adquirido según la doctrina misma sostenida en la exposición de motivos relativa á las disposi-

ciones transitorias; derecho, por tanto, que, en virtud de la regla 1.ª, no se puede perjudicar. En los censos anteriores al Código civil, no procede, pues, la aplicación del art. 1650. Tal es, al menos, nuestra opinión. Antes del Código, era desde luego un derecho del enfiteuta la redención, pero no podía ejercitarlo después de proceder por sus faltas el comiso de la finca.

E) *Códigos extranjeros.*—El Código de Portugal no admite el comiso por falta de pago de la pensión, aunque otra cosa se estipule (art. 1671). En cambio, lo ordena sin obligación de indemnizar al censuario, cuando deteriora el predio de modo que su valor no sea equivalente al del capital mas un quinto (artículo 1672).

El Código de Méjico consiente el comiso por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos, por deteriorarse la finca en más de la cuarta parte de su valor por causas imputables al enfiteuta, y por no darse el previo aviso para el ejercicio por el dueño directo del derecho de tanteo (arts. 3263, 3265 y 3278). La acción dura un año (art. 3286). No se exige que el dueño demande judicialmente al enfiteuta cuando procede el comiso por falta de pago de la pensión (art. 3264).

Los arts. 1565 del Código de Italia y 1520 del de Venezuela, concuerdan con nuestro art. 1648, salvo en bastar dos años sin pagar pensión para incurrir en el comiso. El segundo párrafo de dichos artículos, añade: «Los acreedores del enfiteuta pueden intervenir en el juicio para conservar sus derechos, valiéndose también para este objeto del derecho de rescate correspondiente al enfiteuta (según los mismos artículos), ofrecer el resarcimiento de daños y prestar fianza para en adelante».

Proveyendo al supuesto de nuestro art. 118 de la ley Hipotecaria, el 1567 del Código de Italia, dice: «En el caso de devolución, las hipotecas hechas contra el enfiteuta se resuelven por el precio debido por las mejoras. En el mismo caso, las hipotecas contraídas por el cedente se resuelven por el precio debido en aquel concepto».

ARTÍCULO 1651

La redención del censo enfitéutico consistirá en la entrega en metálico, y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, á menos que haya sido estipulada.

Véase el comentario de los arts. 1608 al 1612.

Expuesta queda en dicho lugar la legislación anterior al Código, en relación á los censos enfitéuticos.

Hoy la doctrina es sencilla y uniforme. Como el precepto se establece para los censos constituídos después de regir el Código en los que es imprescindible la aplicación del art. 1629, ha de constar el valor que tenía la finca en la época de la constitución, y ese valor, que es el capital que entregó el dueño directo, es lo que se le tiene que devolver al tiempo de la redención, debiendo verificarse el reintegro en metálico y de una sola vez.

Si la redención es un derecho del enfiteuta, son en cambio derechos del dueño directo que se realice en la forma y modo que ordena la ley. Por lo mismo, nada impide el que, renunciando á su derecho, consienta la redención parcial, ó admita el pago del capital del censo en fincas ó en especies, ó que se le pague menor cantidad de la que representa el valor de la finca al tiempo de la constitución.

No puede exigirse ninguna otra prestación por compensación de laudemios ú otros derechos, á menos de haberse estipulado expresamente, y en este caso, se entregará lo que se pactó, acomodándose en todo á las reglas fijadas por los interesados al contratar ó al constituirse el censo.

No es lo natural que la finca disminuya de valor desde el día de la constitución al de la redención, dado que precisamente el censo se constituye para cultivar lo inculto ó mejorar el cultivo,

y en la mayor producción y mejoramiento del inmueble se halla vivamente interesado el enfiteuta, pero si así ocurriese, ha de tenerse presente lo dispuesto en el art. 1625, que, en caso de perderse ó inutilizarse en parte la finca, permite al censatario abandonarla al censualista, indemnizándole ó no los perjuicios ocasionados, según que hubiese ó no mediado culpa para el deterioro. Cuando el desmerecimiento sea de menos importancia podrá perjudicarse algo el enfiteuta al redimir, ya que la ley prescinde de la posibilidad de tal alteración, é impone una regla inflexible, la entrega íntegra del capital, que después de todo es lo justo, porque ese capital es lo que el censatario recibió, y las pensiones y el trabajo deben entenderse compensados con los frutos, no siendo por otra parte obligatoria la redención.

Códigos extranjeros.—Véase lo expuesto respecto á la redención en general.

Con relación á la enfiteusis, los arts. 1564 del Código de Italia y 1519 del de Venezuela, autorizan la redención bajo la base de los intereses legales el primero, y del 3 por 100 el segundo.

ARTÍCULO 1652

En el caso de comiso, ó en el de rescisión por cualquiera causa del contrato de enfiteusis, el dueño directo deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverla.

Si ésta tuviese deterioros por culpa ó negligencia del enfiteuta, serán compensables con las mejoras, y en lo que no basten quedará el enfiteuta obligado personalmente á su pago, y lo mismo al de las pensiones vencidas y no prescritas.

El Código, como hemos visto, queriendo limitar el comiso, concede al enfiteuta y á sus acreedores el derecho de redención. Por eso el art. 1651 determina el modo de llevar á cabo ese de-

recho, aunque no precisamente en el caso de proceder antes el comiso, sino como regla general aplicable siempre que el enfiteuta quiera, respetando, sin embargo, lo estipulado, utilizar la redención.

Después de esto, el art. 1652 vuelve á ocuparse del comiso marcando sus efectos con relación á las mejoras ó deterioros que pueda haber experimentado la finca enfitéutica, desde el momento de la constitución del censo hasta el en que el comiso tenga lugar. Sin embargo, el art. 1652, como el 1651, no es exclusivamente aplicable al caso de comiso, sino también á todos los casos en que el censo se rescinda ó resuelva por cualquier otra causa.

El dueño directo sólo tiene derecho á recobrar lo suyo: la ley no puede concederle el privilegio de enriquecerse á costa del enfiteuta. La finca vuelve, pues, al dueño directo en el estado en que se encuentre; pero si tiene mejoras debe su importe al dueño útil, y si ha experimentado desperfectos ó deterioros que no deba aquél sufrir como partícipe en el dominio, tiene derecho á reclamar su importe del enfiteuta.

La ley no atiende para nada á la mayor ó menor producción del inmueble, dato que sólo aprecia en la relación que pueda tener con el aumento ó disminución de su valor. La regla del artículo 1652 queda reducida á lo siguiente: la finca, al ejercitarse el comiso, ó tiene más valor que al constituirse el censo, ó tiene menos. El exceso de valor pertenece al enfiteuta y se le debe reintegrar. La disminución de valor imputable al enfiteuta debe reintegrarse al dueño directo. La disminución por fuerza mayor ó caso fortuito perjudica á ambos dueños en el tiempo de su respectiva posesión.

El enfiteuta puede hacer en la finca toda clase de mejoras. Aun constituído el censo con la condición de realizar en la finca determinadas plantaciones, esto no obsta á la facultad del dueño útil para explotarla con nuevos cultivos ó industrias, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Diciembre de 1899. Prescinde el Código en absoluto de la naturaleza ó clase

de las mejoras; merezcan la calificación de necesarias, útiles ó de mero lujo, es indiferente: sólo son abonables las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, y en el caso de que ese aumento subsista al tiempo de devolverla, precepto que sólo cabe en el sentido que hemos expuesto. Se abona el exceso de valor del inmueble sobre el que tenía cuando se transmitió al enfiteuta, pues eso ha de ser en resumen el aumento subsistente al tiempo de la devolución.

La finca puede haber sido mejorada por el enfiteuta y haber experimentado por otra parte deterioros por culpa del mismo. La ley declara compensables estos deterioros con aquellas mejoras hasta el límite posible. En cuanto al exceso, produce la obligación de reintegro, ya por el dueño directo al útil si importan más las mejoras, ya por el dueño útil al directo si ascienden á más los desperfectos, obligaciones exigibles, como la del abono en su caso de las pensiones vencidas y no prescritas, en virtud de acción personal.

Puede dudarse si se concede al enfiteuta el derecho de retener el predio hasta que se le abone el importe de las mejoras. Nuestro Código no contiene esa declaración, y las palabras finales del párrafo 1.º del art. 1652, «al tiempo de devolverla», juntamente con la falta de expresión de ese derecho en el dueño útil, indican con claridad que no se ha querido conceder al enfiteuta la facultad de retener.

La segunda parte del art. 1652 motiva alguna duda. ¿Se establece la compensación del importe de los deterioros con el importe de las mejoras hechas, subsistan éstas ó no, y hayan ó no producido aumento de valor en la finca? Estimamos que no; creemos que el segundo párrafo del art. 1652 está escrito bajo la base de lo dispuesto en el primero. En todo debe atenderse al estado de la finca el día de su devolución; deterioros que hubo y ya no existen, no pueden tenerse en cuenta; mejoras que existieron y ya han desaparecido no se deben abonar, ni á los efectos de este artículo se consideran mejoras abonables más que aquellas que realmente hayan producido en el inmueble un au-

mento del valor. Si esto es así, se dirá, es inútil hablar de compensaciones, sólo hay que comparar dos cantidades, el valor de la finca cuando se dió al enfiteuta, y ese mismo valor cuando se devuelve al dueño directo. En esto hay mucho de verdad: la compensación se establece directamente por sí sola, porque en esa diferencia de valores se aprecian al mismo tiempo las mejoras abonables y los deterioros hasta el límite compensable. Siempre, sin embargo, resulta, que al valer la finca menos, el dueño directo podrá ó no exigir la diferencia de valor, según que hubiese ó no mediado culpa ó negligencia por parte del enfiteuta.

Las reglas del art. 1652 no pueden tener aplicación cuando se utiliza el derecho de redimir, puesto que entonces es indiferente que haya habido mejoras ó deterioros, ni cuando se impone el abandono de la finca, casi siempre motivado por insuficiencia de su valor. Pero puede resolverse ó rescindirse el censo en otros casos especiales, por cumplimiento de condiciones resolutorias, incumplimiento de lo pactado, lesión en enajenaciones de bienes de incapacitados, menores ó ausentes, perjuicio de acreedores, etc., y en tales casos, al volver la finca al dueño directo, se aplica lo dispuesto en el art. 1652, puesto que éste, en suma, viene á determinar la participación que en el valor de la finca corresponde, tanto al dueño directo como al útil, en cualquier momento determinado en que sobrevenga la rescisión.

La generalidad de expresión del art. 1652 al hablar de mejoras, motiva una duda de relativa importancia. La finca puede tener el día de su devolución un aumento mayor ó menor de valor por mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo. ¿Deberá abonarse ese aumento por el dueño directo al dueño útil? Entendemos que no: la ley se refiere, indudablemente, á nuestro juicio, á mejoras realizadas por el enfiteuta; las provenientes de la naturaleza ó del tiempo siguen á la finca y pertenecen á aquel de los dueños en quien en definitiva quede, sin obligación alguna de reintegro. Son del dueño útil en caso de

redención; son del dueño directo en caso de comiso; siguen la suerte de los deterioros debidos á fuerza mayor ó caso fortuito.

Códigos extranjeros.—Concuerda el art. 1652 en su primera parte con el 3289 del Código de Méjico, y todo él, en su esencia, con el 1566 del Código de Italia y 1521 del de Venezuela. El 3290 del Código de Méjico añade que no tendrá el enfiteuta derecho á retener la finca.

ARTÍCULO 1653

A falta de herederos testamentarios descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma.

El comiso, la redención y el abandono de la finca por el enfiteuta extinguen el censo, produciendo la consolidación de ambos dominios. El art. 1653, sin precedentes en nuestro derecho, á imitación de otros Códigos, introduce un nuevo medio de extinción del censo por consolidación, que no altera las reglas establecidas en general para la sucesión legítima en los artículos 918 y 956, sino que excluye de la herencia la finca enfitéutica, sin perjuicio de las relaciones jurídicas que en virtud de tal exclusión puedan resultar.

Aquí, por lo tanto, la ley no pretende interpretar la voluntad no expresada por el enfiteuta, quien probablemente, de poder testar, dispondría de la finca enfitéutica, como de sus demás bienes, en favor de cualquiera otra persona más bien que en favor del dueño directo; la ley sólo atiende á obtener la consolidación de ambos dominios, prefiriendo el dueño directo á los establecimientos de beneficencia ó instrucción en lo relativo á dicha finca, pues en cuanto á los demás bienes del enfiteuta, se siguen las reglas ordinarias de la sucesión.

La condición exigida en el art. 1653 para disponer que vuelva al dueño directo la finca enfitéutica, es que el enfiteuta

no haya dispuesto voluntariamente en forma alguna de su derecho, y que á su fallecimiento no queden descendientes, ascendientes, cónyuge ni parientes colaterales dentro del sexto grado. El testamento, lo mismo que la donación que deba ponerse en ejecución á la muerte del enfiteuta, la venta, etc., la disposición en cualquier forma, pura ó condicional, si ésta produce efecto, excluye el precepto. Este se aplica siempre que proceda la sucesión legítima ó intestada respecto á la transmisión de la finca gravada y falten los expresados herederos.

Ahora bien: el art. 1653 habla de faltar descendientes ó ascendientes. ¿Se refiere sólo á los legítimos ó también á los naturales? El precepto es en esta parte clarísimo, y sólo una extrema suspicacia puede crear dificultades en su aplicación, pretendiendo fundarse en la letra del artículo. Legítimos ó naturales los ascendientes, el art. 1653 sólo respeta la preferencia de aquellos que, con arreglo al Código, tienen derecho á suceder al enfiteuta. Los hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión real, sus descendientes legítimos, el padre ó la madre natural, y aun los hermanos naturales del hijo natural, excluyen, desde luego, al dueño directo, puesto que excluyen también á los parientes colaterales legítimos del cuarto al sexto grado, y éstos, á su vez, á dicho dueño. Los parientes naturales á quienes la ley no reconoce derechos en la herencia intestada, no lo excluyen; á ellos son preferidos los parientes legítimos dentro del sexto grado, y al faltar éstos, la ley llama al dueño directo, no precisamente para suceder como heredero, sino prefiriendo la extinción del censo y la consolidación de los dominios al derecho que pudieran alegar los establecimientos de beneficencia é instrucción. Esto es todo, y no hay que soñar en innovaciones de ninguna clase; se respeta, en todo, lo establecido en materia de sucesión legítima, sin más alteración que la de preferir el censualista al Estado para lograr la consolidación de los dominios directo y útil.

La finca enfitéutica rara vez constituirá toda la herencia, será de ordinario una parte de la misma. Con relación á su trans-

misión pueden admitirse hasta cuatro soluciones distintas:

1.ª El dueño directo es un sucesor á título universal. Debe, pues, entenderse heredero en la proporción que represente su haber con el total caudal hereditario, y en esa misma proporción, responderá en su caso de las deudas de la sucesión, pues aunque suceda en cosa ó cosas determinadas, no puede pretenderse que la ley trate sólo de beneficiarle en perjuicio de los establecimientos de beneficencia é instrucción, sobre quienes recaerían todas las obligaciones, á pesar de arrebatárseles una parte de los bienes, si no todos ellos, parte consistente, ya que no en la finca misma, en sus mejoras ó aumento de valor.

2.ª El dueño directo es un sucesor á título singular, un simple legatario de objeto, cosa ó derecho determinado, á quien se abona su haber si hay activo suficiente, sin obligación alguna respecto al pago de las deudas hereditarias.

3.ª El dueño directo no es heredero ni legatario; readquiere la finca que de él procedía en el estado en que se encuentre, ganando ó perdiendo según los casos, pero sin obligaciones ni derechos especiales en relación con los herederos ó acreedores personales del enfiteuta.

4.ª Readquiere el dueño directo, pero con las obligaciones ó los derechos procedentes según el estado en que la finca se encuentre.

Esta última inteligencia es, en nuestra opinión, la verdadera. Conviene á la propiedad la desaparición del censo, y en cambio es dudosa la conveniencia que pueda reportar á los establecimientos de beneficencia é instrucción la posesión de la finca, con la carga de las pensiones, el tanteo y el retracto, la amenaza del comiso, y las posibles cuestiones sobre deterioros ó incumplimiento de condiciones. La ley escoge el mejor medio: separa de la herencia la finca enfitéutica, y la devuelve á su dueño convirtiéndola en libre, y el resto de los bienes sigue las reglas generales de la sucesión, pero todo sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan por razón de daños ó mejoras, ya en contra ya en favor de la sucesión.

Viene á producirse aquí la extinción del censo y la consolidación de los dominios por ministerio de la ley, realizándose una verdadera resolución legal del acto. Se entiende que la constitución del censo queda afecta á la condición resolutoria legal de volver la finca al dueño directo, en el caso poco probable, pero posible, de fallecer el enfiteuta sin disponer de ella en forma alguna, y sin dejar ascendientes, descendientes ni parientes dentro del sexto grado.

Debe aplicarse al caso el precepto del art. 1652, pues si bien es cierto que el 1653 que nos ocupa dispone que vuelva la finca al dueño directo *en el estado en que se encuentre*, esto no quiere decir, en nuestra opinión, más que lo que esas palabras significan literalmente entendidas pero no que al readquirir ese dueño haga suyas las mejoras, ó sufra los deterioros imputables al enfiteuta, sin compensación. Por lo mismo que nada se añade en este sentido, debe entenderse que la consolidación se verifica siguiendo las reglas naturales y justas en tales casos, y no alterándolas en perjuicio del dueño directo ó de los herederos del útil sin razón bastante para ello.

¿Es obligatorio ó permisivo el precepto del art. 1653? Si al dueño directo se le considerase como un heredero ó como un legatario, indudablemente podría á su arbitrio aceptar ó renunciar su legado ó parte de herencia. Pero en la interpretación que hemos aceptado, la solución tiene que ser distinta. Cumplida la condición legal vuelve la finca al dueño directo, y como la ley, al ordenarlo así, se inspira en el interés público que envuelve la consolidación de los dominios, es claro que el precepto ha de cumplirse, sin que el dueño directo pueda oponerse á su cumplimiento. Sólo por acuerdo de todos los interesados, ó sea del censualista y de los herederos del enfiteuta, ó representantes de los establecimientos de beneficencia ó instrucción, podría admitirse la subsistencia del censo al ocurrir el caso previsto en el art. 1653. También en virtud de igual conformidad cabrá adoptar soluciones distintas.

La interpretación que nos merece este artículo, destruye ó

enerva las censuras que pudieran hacerse al legislador si se entendiese de otro modo. Si el dueño directo hubiera de obtener la finca como heredero ó legatario, ó graciosamente, sin los derechos ó deberes que imponen sus deterioros ó mejoras, ¿por qué al morir el dueño en igualdad de circunstancias, no había de suceder en el censo el enfiteuta también por título gratuito, obteniéndose igualmente la consolidación? La ley no se ha atrevido á ello, porque dada la naturaleza del precepto, tal como le hemos explicado, su aplicación al caso de fallecimiento del dueño directo, equivaldría á imponer al dueño útil la redención, redención forzosa que no encaja bien en los principios generales relativos á los censos.

Por otra parte, como no se trata de materia hereditaria, el legislador no incluye el precepto del art. 1653 entre los que se ocupan de las sucesiones, ni alude á él siquiera, como no hubiera dejado de hacerlo si el sentido del artículo fuese asignar al dueño directo el carácter de heredero ó legatario del enfiteuta.

Códigos extranjeros.—Concuerda el art. 1653 con el 1663 del Código de Portugal y el 3256 del Código de Méjico.

ARTÍCULO 1654

Queda suprimido para lo sucesivo el contrato de *subenfiteusis*.

Subenfiteusis.—La subenfiteusis es al dominio útil lo que la enfiteusis al dominio pleno. El enfiteuta transmite á un tercero el dominio útil del dominio útil que le corresponde sobre la finca, y se erige en dueño directo de ese mismo dominio. La distinción no puede ser más sutil ni caprichosa. Con relación á la finca no cabe más que un dominio directo y un dominio útil, y esto admitiendo ese tecnicismo puramente convencional; si el dominio directo reside en el censualista, no puede reservárselo el enfiteuta al transmitir la finca, porque nunca le perteneció: si transmite el dominio útil, da cuanto tenía y nada le puede

quedar. Pero aquí no se trata de la transmisión de la finca con su carga, acto que sólo cambiaría la persona del enfiteuta, sin ocasionar perturbaciones en la propiedad: se trata de una nueva combinación, por virtud de la cual, como dice Alcubilla, el dueño útil de la cosa censida, sin perder sus relaciones con el directo, se convierte en dueño directo respecto de un tercero, reservándose les derechos de cobrar pensión, y los de laudemio, tanteo, retracto y comiso.

La nueva distinción que se establece en la subenfiteusis puede fundarse, ya que no en la propiedad de la finca, en la propiedad del derecho. En efecto, aquel á quien pertenece un derecho cualquiera, usufructo, hipoteca, censo, servidumbre, etcétera, es realmente propietario pleno de ese derecho, pues respecto á él tiene todas las facultades que integran el dominio. El enfiteuta es, pues, dueño pleno de eso que se ha dado en llamar dominio útil, y así como la propiedad plena de la finca puede descomponerse en dos dominios especiales, la propiedad plena del dominio útil ha de ser susceptible de igual descomposición. Lo que hay es que el dominio útil materializado sólo puede consistir en las mejoras de la finca, en el exceso de valor que tenga sobre la parte que representa el capital del dueño directo, y que la distinción, ya de por sí algo caprichosa y sutil con relación á la finca, aun es más anómala y fantástica con relación á los derechos reales distintos al dominio. Por esto el Código, en el art. 1628, exige que el censo enfitéutico se constituya precisamente sobre fincas, excluyendo su constitución sobre derechos reales. El art. 1654 muestra el mismo criterio, aunque se funde además en otras poderosas razones.

Sea lo que fuere con relación al fundamento de la facultad, admitido al primer enfiteuta el derecho de constituir subenfiteusis, con igual razón debe concederse al segundo y al tercero, y así sucesivamente, con lo que se establece una serie á veces inacabable de señores directos, cada uno de los cuales, con razón ó sin ella, procura obtener alguna utilidad, porque sólo por tomarse la molestia de percibir de uno la pensión para entregarla

á otro, nadie constituiría subenfiteusis, transmitiría simplemente la finca con sus cargas. De este modo aumentan las pensiones: si el primer enfiteuta pagaba uno, el último paga dos, tres ó cuatro, y á su vez estos últimos enfiteutas se ven en la precisión de abusar de la capacidad productiva de la finca para sacar de ella alguna utilidad.

No para aquí el mal. La subenfiteusis podía tener la misma duración de la efiteusis primitiva ó menor, y podía constituirse sobre todas las fincas acensuadas, ó sólo sobre algunas de ellas, ó parte de las mismas. Lo natural y ordinario era esto último. El primer dueño útil se reservaba una parte y transmitía el resto; el segundo ponía en práctica la misma operación; si la finca era única, se fraccionaba en pequeñas porciones. La simple exposición del hecho da idea perfecta de los graves inconvenientes y las serias perturbaciones que la subenfiteusis lleva á la propiedad y á las relaciones jurídicas complicadas hasta el infinito.

Por esto el legislador no ha vacilado un momento en proscribir en absoluto para lo sucesivo la institución. Tratándose del laudemio, no creyéndole conveniente, el Código lo separa de la naturaleza de la enfiteusis: no procede legalmente, pero si se pacta, cúmplase lo pactado. Tratándose de la subenfiteusis no cabían atenuaciones, y el Código la suprime para lo sucesivo, prohibe terminantemente su constitución.

Habla el art. 1654 del *contrato* de subenfiteusis. ¿Podrá constituirse en lo sucesivo este enredo por donación ó por testamento? Desde luego no; se prohibe la subenfiteusis por ser en su esencia perjudicial á la propiedad y perturbar y complicar innecesariamente las relaciones jurídicas, originando naturalmente confusiones, cuestiones y pleitos, y como este mal no nace del contrato, sino de la constitución del derecho en cualquier forma, lo que en realidad se suprime y prohibe es la constitución de subenfiteusis, sea cualquiera el fundamento que pretenda dársele en el porvenir.

Respecto á las subenfiteusis establecidas antes de regir el

Código, no había más remedio que respetarlas, porque representan derechos ya adquiridos que una buena legislación no puede desconocer. La retroactividad de la ley en esta materia originaría males y perturbaciones no menores que las que en el porvenir se quieren evitar.

Lo que se dice de la subenfiteusis, es aplicable á los subforos, como veremos en el comentario del artículo siguiente.

Códigos extranjeros.—Concuerda el art. 1654 con el 1701 del Código de Portugal.

Los 1702 al 1705 del mismo Código legislan sobre las subenfiteusis anteriores.

El 1703 establece el derecho de prelación en caso de venta en esas subenfiteusis. Si vende el enfiteuta, es preferido el dueño directo, y en su defecto el subenfiteuta. Si vende el subenfiteuta, también es preferido el dueño directo sobre el enfiteuta. Y si vende el dueño directo, tiene preferencia el subenfiteuta sobre el enfiteuta.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS FOROS Y OTROS CONTRATOS ANÁLOGOS AL DE ENFITEUSIS

ARTÍCULO 1655

Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico en la sección que precede.

Si fueren temporales ó por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas á este contrato.

Foros.—Se ocupan en el Código de los foros solamente este artículo, y el 1611, párrafo tercero, en unión con la base 26.

¿Qué son los foros? ¿Cuál es actualmente la situación jurídica de estos derechos? No podemos hacer aquí más que una bre-

ve reseña, ni el comentario exige otra cosa, porque el Código, respetando el estado actual de la cuestión, sólo legisla para lo sucesivo, y deja para una ley especial todo lo relativo á la reunión de los dominios en los foros, subforos y demás gravámenes de naturaleza análoga.

El foro, según Castro Bolaño, en su estudio jurídico sobre la materia, «es el mismo enfiteusis eclesiástico, adoptado primero por los monasterios, cabildos, obispos, corporaciones é institutos eclesiásticos, y más tarde por los seglares».

El foro, según opinión muy general, es, en efecto, un censo enfitéutico, en el que el forista ó dueño directo, no sólo se reservó siempre el derecho á determinada pensión, sino también otras facultades, más ó menos extensas, que impiden considerar al foro como un censo reservativo. No hallándose establecido nada sobre los foros en nuestras antiguas leyes, se aplicaban de ordinario las relativas á la enfiteusis.

Fuera de este principio general que por su misma generalidad nada resuelve, todo lo demás relativo á los foros es confuso y no conocido con exactitud. Hay quien sostiene que en los foros nunca existe el laudemio ni el comiso; suponen otros la existencia de estos derechos, y otros, por último, afirman que no son de la naturaleza del foro, pero pueden pactarse y han de ser, en su caso, respetados.

Se cree por varios autores que todos los foros fueron en su origen temporales, mientras que otros expresan su opinión de haber existido siempre foros perpetuos y foros temporales.

«El dominio en el foro como en la enfiteusis, dice Alcubilla, se reparte entre el forista ó señor directo y el foratario, forero ó dueño útil; pero en el foro, el terrateniente adquiría además el compromiso de devolver el inmueble al censualista, después de haberlo usado ó disfrutado durante un largo período que, generalmente, estaba determinado en los contratos».

¿Debían en efecto volver las fincas aforadas al censualista al cabo de cierto tiempo más ó menos largo? ¿Acostumbrábase á renovar el foro? ¿Era acaso forzosa la renovación? Estas cuestio-

nes son de excesiva importancia, y sin embargo, no sabemos lo que es más exacto en este problema. Tal vez sea lo cierto que existiendo foros perpetuos y temporales, estos últimos llegaron á ser los más frecuentes por su mayor utilidad para el forista, y, voluntaria en principio su renovación, llegó á hacerse casi forzosa por la fuerza de la costumbre y las naturales exigencias de los foreros.

Los foros son antiquísimos. Es de suponer que en Galicia y Asturias se constituirían con la misma variedad que en Castilla y otros países, y habría, por tanto, foros más ó menos análogos, ya al censo enfitéutico, ya al reservativo, ya al arrendamiento, unas veces temporales y otras perpetuos, ya con laudemio y comiso, ya sin estos derechos ó algunos de ellos, ya con otros especiales. En lo general, es posible que se adoptase como patrón el modelo de escritura contenido en la ley 69, título 18, Partida 3.ª, donde se lee que «el abad de un monasterio da á censo una casa al censatario, y á los que de él descendieren, *fasta tercera generación*», para que puedan disponer de ella como quieran, reservándose una pensión y el derecho de tanteo, añadiendo: «E quando entraren en la quarta generación deste que tomó la casa á censo deue ser renouada esta carta; saluo que por razon de este renouamiento, non puede tomar el Abad nin el Monesterio, de aquel con quien renouan esta carta, mas de tantos marauedis.»

¿Era, sin embargo forzosa la renovación, ó debía renovarse el contrato si convenía á las partes de común acuerdo su continuación? En suma, el dueño directo, ¿podía oponerse á esa renovación? Gil sostiene la negativa: la renovación debía hacerse indefinidamente y como obligatoria para el censualista cada tres generaciones, consiguiéndose así que el tiempo no oscureciese los derechos. Nosotros encontramos más verosímil la opinión contraria: no se trata sólo de una fe de vida de la existencia del censo, sino de una facultad del señor; pudo el tiempo convertir, al menos en Castilla, esa renovación en un simple reconocimiento del censo, mas en su origen, creemos que para que el censo

continuase era necesario que el dueño otorgase ó consintiese la renovación, y la aceptase el dueño útil.

Suponen también algunos autores que el forero ó dueño útil no podía disponer de la finca más que por herencia. Azcárate, cuya opinión nos merece gran respeto, afirma que los foros de Galicia, llamados de pacto y providencia, eran inalienables é indivisibles. Otros autores sostienen, y entre ellos Gil, la facultad del forero de disponer de su derecho, dejando á salvo las facultades más ó menos extensas que se hubiese reservado el dueño directo.

El citado Sr. Azcárate hace notar otra diferencia respecto á la enfiteusis en diferentes países. «Mientras en Galicia y también en Portugal, dice: era lícito acensar la propiedad censual, de donde resultó esa série de subforos, origen de tantas complicaciones, del otro lado de los Pirineos se expresaba el principio contrario en la fórmula *cens sur cens' a point de lieu.* Podía el censatario dar la finca á renta, pero el dominio directo era siempre del señor, mientras que en Galicia cada uno de los cedentes se reservaba un segundo dominio directo.»

El subforo, que pudo nacer de la misma prohibición de enajenar el forero la finca por actos entre vivos, como un abuso fundado en el derecho del censatario á las mejoras, fué el mal más grave que pudo sobrevenir á la propiedad en las comarcas de Galicia y Asturias, pues sus inconvenientes son los mismos ya marcados respecto á la subenfiteusis al comentar el artículo anterior, inconvenientes tanto mayores cuanto más se aumenta su número y más se fracciona la propiedad.

El Sr. Alcubilla hace el siguiente resumen de los derechos respectivos de los dueños directo y útil en los foros. «Los más principales de estos derechos, respecto al dueño directo, son: exigir anualmente de los foreros la pensión convenida ó acostumbrada; pedir el apeo de las fincas y el prorrateo de las rentas en la forma que establecen los arts. 2071 á 2108 de la ley de Enjuiciamiento civil; pedir igualmente el nombramiento de cabezalero en el caso de ser dos ó más los foreros, también en la forma que

prescribe el art. 2095 de dicha ley, y pedir la inscripción del foral en el Registro hipotecario.»

«Si los señores ó dueños del dominio directo tienen el derecho de cobrar las pensiones, los foreros tienen la obligación de pagarlas según el contrato ó según la costumbre, correspondiéndoles en cambio derechos análogos ó correlativos á los del señor directo, como lo son: el dominio útil de las fincas del foro, el de enajenarlas ó transmitirlas por herencia, el de que el señor les defienda en su posesión, el de apeo de las fincas, prorrateo de las pensiones entre todos los foreros, y hasta el de la anotación de su derecho en el Registro de la propiedad, cuando se incribiera el dominio directo.»

Como se ve en esta reseña, se expresan sólo derechos indudables en los foristas y en los foreros, mas se omiten, por no ser tan claros ó naturales en los foros, otros derechos especiales, como el de tanteo ó rectracto, laudemio, comiso, facultad de disponer por actos entre vivos en el dueño útil, derecho de renovar ó dar por terminado el foro en el dueño directo, facultad de constituir subforos, etc.; lo cual, justifica la idea de que si no en todos los foros, en la generalidad de ellos, existe mucho de especial con relación á la enfiteusis, tal como subsiste en nuestros tiempos en el derecho y en la práctica jurídica de Castilla.

Muchos foros subsisten fundados en una posesión más ó menos inmemorial, por no haberse constituído en virtud de escritura ó haberse ésta pérdido ó ser deficiente; muchos subforos se apoyan en simples documentos privados más ó menos informales, hechos á espaldas de los primitivos foristas. Tierras que pertenecieron á un solo señor, se hayan hoy repartidas en cientos de familias; abundan los señores intermedios ó medianos, como les llama la ley Hipotecaria; los cabezaleros, encargados de recoger las pensiones de todos y darlas al señor, cobran difícilmente; los apeos y prorrateos no siempre se practican. Añádase á todo esto, y como consecuencia de lo mismo, la incertidumbre en los derechos y en los bienes sobre que recaen, la confusión y complicación en las relaciones jurídicas; los dueños antiguos,

pretendiendo una reversión tan peligrosa y difícil que no se ve posible; los foreros, pretendiendo la renovación forzosa del censo, y resistiendo la amenaza de arrebatárseles, tras largos años y aun siglos, las fincas que han mejorado y les sirven de único sustento; la propiedad, fraccionada hasta un límite inverosímil, gravada siempre y no inscrita á pesar de las muchas disposiciones dictadas para facilitar su ingreso en el Registro, y se comprenderá la inmensa transcendencia y la gravedad que encierra el problema de los foros.

Un autor ya citado, el Sr. Alcubilla, se expresa así: «Transcurrido con mucho exceso el plazo de las respectivas concesiones forales, los terratenientes se negaron á devolver las tierras á los señores, amparándose ante todo en que las recibieron yermas y las hicieron fructíferas, y alegando además, para justificar su resistencia, que mediante *la tácita reconducción* de los respectivos inmuebles, los señores habían perdido su derecho de reversión, cuyo reconocimiento no se habían cuidado de exigir del modo que determina para la enfiteusis general la ley 69, tít. 18, Partida 3.ª Por otra parte, muchos de los antiguos foratarios habían constituído un nuevo foro á favor de tercero recargando la pensión censal, y así se comprende que cuando los primeros señores directos, á mediados del siglo XVIII entablaron sus demandas de despojo contra los terratenientes, la estimación de solas nueve de aquéllas había de producir el desahucio de más de 2.000 vecinos con sus familias».

«La cuestión, por lo tanto, de derecho civil en su origen, se agigantaba hasta el extremo de convertirse en gravísima cuestión de orden público, y cuando mediante las demandas de los foristas y la oposición de los foreros, se elevó la contienda entre unos y otros á consulta del Consejo de Castilla, recayó el auto de 10 de Mayo de 1763, mandado cumplir por Real provisión del día 11.»

Ordenóse en esta Real Cédula la suspensión de todas las demandas que de un modo más ó menos directo tuviesen por fin el despojo de los foreros, y la continuación en el pago de las pen-

siones acostumbradas hasta tanto que se resolviese en definitiva la grave cuestión planteada.

Dedúcese del texto de esa Real provisión, que constituye un documento histórico de interés, que si existían foros perpetuos, no era esto lo ordinario, ó más bien lo eran de hecho que de derecho. Los mismos foreros reclamantes reconocían que en los contratos se imponía cierto término, reducido á tantas vidas ó voces, á pesar de lo cual se habían ido renovando los foros á petición de los dueños útiles. Lo que se pretendía era desde luego la renovación como forzosa impuesta á los dueños directos, y para ello no deja de ser un dato elocuente, que no se alegue por los perjudicados el derecho á esa imposición, sino sólo la costumbre, los beneficios dados á las fincas por el trabajo de los foreros y subforeros, y los graves daños que á las familias y á la propiedad y al mismo Estado habían de ocasionar los despojos intentados bajo la base de haber espirado el término concedido al constituirse el foro.

Después se dictaron otras disposiciones en 17 de Octubre de 1766, 9 de Mayo de 1767, 28 de Junio de 1768, 23 de Agosto de 1766, 25 de Abril de 1784, 17 de Abril de 1785, 14 de Noviembre de 1789, 25 de Junio de 1804 y 25 de Febrero de 1807. La suspensión de las demandas de despojo fué confirmada en varias leyes de un modo incidental, y entre ellas en la de 8 de Junio de 1813, restablecida en 6 de Septiembre de 1836.

En 28 de Junio de 1768 se declaró aplicable á Asturias lo dispuesto en la Real provisión de 1763 respecto á Galicia. En 14 de Noviembre de 1789, se dispuso que fuesen admitidas y resueltas las demandas de nulidad fundadas en falta de potestad en el constituyente, ó en el defecto sustancial de dolo ó lesión enormísima.

Las disposiciones relativas á la posibilidad de redimir toda clase de censos eran aplicables á los foros, como vimos en el comentario de los arts. 1608 al 1611, á los que nos referimos; pero declarada en suspenso la ley de 20 de Agosto de 1873, por el decreto de 20 de Febrero de 1874, sólo se entienden hoy redimi-

bles los foros perpetuos, no alcanzando el beneficio á los foros temporales, que son precisamente la mayoría y los más necesitados de resolución.

Se han formado después, en 1877 y 1886, simples proyectos de ley para el arreglo de la cuestión foral; el Código ha dejado en pie la cuestión respecto al pasado, y con posterioridad á su publicación no ha llegado aún la anunciada ley sobre consolidación de dominios, ni ninguna otra sobre foros.

En lo relativo á la inscripción de foros y subforos, pueden consultarse los arts. 8.º, 387 y 410 de la ley Hipotecaria, y 318 al 322 de su Reglamento, la ley de 3 de Julio de 1871, y los Reales decretos de 21 de Julio del mismo año, 8 de Noviembre de 1875 y 20 de Mayo de 1878.

Sobre los apeos y prorrateos de foros, véanse los arts. 2071 al 2108 de la ley de Enjuiciamiento civil.

A pesar de todas las disposiciones citadas, es lo cierto que en la cuestión esencial relativa á los foros, continúa vigente la Real provisión de 11 de Mayo de 1763, ó lo que es lo mismo, que desde hace ciento cuarenta y dos años está en suspenso todo lo relativo á consolidación de dominios en los foros; que, de hecho, la ley ha impuesto la renovación convirtiendo en perpetuos derechos que empezaron siendo temporales; que el despojo pretendido por los señores directos es cada vez más imposible, y que el transcurso del tiempo no puede desconocerse que ha ido afirmando lenta, pero constantemente, el derecho de los poseedores, y multiplicando el número de subforos y el fraccionamiento de la propiedad.

Urge la resolución del problema, que, como ya indica el señor Alonso Martínez, es casi seguro que ha de partir del supuesto de la transformación de los foros, atribuyéndoles carácter de perpetuidad, y de dar grandes facilidades para la redención.

***

Para los foros que se constituyan en lo sucesivo, el art. 1655 del Código dicta un precepto claro y terminante. Si se constitu-

yen por un plazo limitado, se consideran como arrendamientos y se les aplican las reglas propias de los mismos; si se constituyen por tiempo indefinido, se consideran como censos enfitéuticos, y se rigen por las disposiciones de la sección que hemos examinado antes. Con esto el Código no pretende definir la naturaleza verdadera de los foros, ni alterar la que debiera merecer con anterioridad; pero sea la que fuere, en los que se constituyan en lo sucesivo no puede hacerse valer ninguna especialidad nacida de su nombre: temporales, son sólo arrendamientos; perpetuos, en el sentido que da á esta palabra el art. 1608, son verdaderos censos enfitéuticos.

Respecto á los foros constituídos con anterioridad, ha de adoptarse el criterio que marcaba el art. 1.º del Real decreto de 8 de Noviembre de 1875: «Por ahora y hasta que se dicte una ley general sobre foros, se regirán los que se hayan constituído en fincas rústicas, por la legislación vigente al tiempo en que se hubiesen establecido», precepto natural, pero que deja la cuestión envuelta en las mismas nebulosidades que tenía. A falta de leyes sobre foros deben entenderse aplicables las antiguas relativas á la enfiteusis, que si bien son incompletas, en cambio son oscuras y á veces contradictorias.

Citaremos como complemento algunas sentencias del Tribunal Supremo.

El Decreto de 20 de Febrero de 1874, al dejar en suspenso las leyes de 20 de Agosto y 16 de Septiembre de 1873, tuvo por objeto que quedasen toda clase de reclamaciones y gestiones sobre redención de foros en el estado en que los hallara la publicación de ese Decreto, por lo cual no era desde entonces procedente, ni continuar los juicios pendientes, ni aun ejecutar las sentencias definitivas recaídas con anterioridad. (Sentencias de 23 de Mayo de 1875 y 24 de Marzo y 20 de Junio de 1876.)

No es indispensable la presentación de la escritura de constitución de un foro para acreditar su existencia. (Sentencia de 13 de Mayo de 1868.)

Las costas ocasionadas en los expedientes de apeo y prorra-

teo de foros, deben abonarse por los dueños del dominio útil. (Sentencia de 25 de Mayo de 1887.)

La falta de inscripción del dominio directo de un foro, no es obstáculo para que el forista ejercite su derecho contra los causahabientes del forero y subforero, porque, aparte el reconocimiento que envuelve el pago de las pensiones, no pueden considerarse terceros esos dueños útiles, mientras no se apoyen á su vez en un título inscrito. (Sentencia de 27 de Mayo de 1891.)

Según la de 12 de Febrero de 1901, la solidaridad es condición natural del foro, por lo que el señor directo puede promover demanda para el cobro de pensiones atrasadas, contra uno ó varios foreros solamente, aunque se deban por todos los vecinos de un pueblo. En esencia aplican la misma doctrina los fallos de 9 de Mayo de 1861 y 18 de Enero de 1869.

La sentencia de 18 de Noviembre de 1896, sienta la importante doctrina siguiente: «La única de las acciones sobre foros temporales correspondientes al señor del dominio directo, cuyo ejercicio quedó en suspenso hasta nueva resolución por virtud de lo dispuesto en la Real Cédula de 1763, es la reversión de la finca dada en foro, puesto que en ella se dispuso que quedaran sin curso las demandas de dichos señores, prohibiendo dar lugar al despojo, mientras los demandados y foreros pagasen el canon y pensión que debieran.»

»La ley 24, tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación, se refiere á la redención de los censos perpetuos y redimibles, y sus reglas no pueden, por tanto, aplicarse, ni aun por analogía, contra la voluntad del señor del dominio directo, para graduar el valor de sus derechos en el caso de extinción forzosa de un foro temporal; porque siendo sustancial en esta clase de foros el derecho por parte del dueño á recuperar la finca dada en foro, al transcurrir el término pactado, no cabe en modo alguno equiparar la carga que pesa sobre el dominio útil á una carga perpetua de las redimibles conforme á dicha ley.»

La sentencia de 30 de Junio de 1897, como dijimos en otro lugar, declara en términos generales, que aun respecto á los

censos y foros constituídos con anterioridad al Código, deben entenderse aplicables en virtud de la regla 4.ª transitoria, las disposiciones de dicho Código relativas á la duración de la acción de retracto, y no las establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

La ley Hipotecaria vigente, para favorecer la inscripción de los foros, establece en sus arts. 39 y 40 la doctrina siguientes:

«Art. 39. Los foros y subforos y demás derechos reales de igual naturaleza podrán inscribirse en el Registro de la propiedad á instancia del dueño del dominio directo ó del útil, mediante la presentación de los títulos de su constitución, reconocimiento, actos conciliatorios, deslindes, apeos y prorrateos judiciales y extrajudiciales, aprobados por convenio ante Notario en que consten las fincas gravadas; y de no constar detalladamente, deberá determinarse en la inscripción la situación de los bienes objeto del foro, los nombres de los pagadores y la renta que satisfaga cada uno, con expresión genérica de estar gravada con ella las tierras que éstos poseyeron pertenecientes al foral.

»Las fincas se describirán cual conste en los títulos, y si éstos son antiguos ó defectuosos, por solicitud escrita del perceptor dueño del canon, ratificada ante el Registrador, con sujeción, según los casos, á las formalidades que se establecen en este artículo y el siguiente.

»Podrá igualmente verificarse la inscripción por el que carezca de los documentos á que se refiere el primer párrafo de este artículo, justificando la posesión en que se halla el dueño directo de percibir las pensiones de los poseedores de las fincas afectas al foral, con la citación de éstos, y por los trámites establecidos en esta ley.

»La inscripción de los títulos en que se transmita la propiedad y parte del dominio, y se constituya á la vez el canon ó renta, se hará á favor de ambos otorgantes ó interesados, en un solo asiento por cada finca, lugar acasarado ó grupo de suerte

de tierra que, según el art. 8.º, pueden comprenderse bajo un solo número, surtiendo esta inscripción los respectivos efectos legales que para cada uno se deriven del contrato.

»Las inscripciones sucesivas que motiven los derechos ó participaciones especiales del dominio útil ó directo, se harán precisamente á continuación ó con referencia á la de constitución del foro ó gravamen.

»Cuando las fincas afectas á la pensión consten ya inscritas á favor de los foreros, el dueño del canon podrá inscribir el título de su derecho sobre las mismas, en la forma, proporción y condiciones correspondientes, sin que por ello se entienda quebrantada la solidaridad.

»Art. 40. Si las fincas aforadas no constasen inscritas á favor de los foreros, y para la inscripción de los títulos tuviese el forista ó dueño directo que presentar la relación y descripción de las fincas gravadas por medio de solicitud escrita, siempre que el forero no las suscriba también, se notificará á éste, con la copia literal por el Registrador, ó acta notarial, y si no se opusiere en el plazo de treinta días siguientes á la notificación, se llevará á efecto la inscripción con todos los efectos legales.

»Cuando el pagador de la renta ó forero sea quien pretenda la inscripción, podrá realizarla en la propia forma y por iguales medios, ó por los demás prescritos en esta ley.

»La oposición que surgiere en cualquiera de los casos de este artículo y del anterior, se sustanciará en el juicio declarativo que corresponda conforme á la cuantía de la pensión y con arreglo á las disposiciones vigentes ó que en adelante rijan sobre procedimientos civiles.»

A los efectos de este artículo 40, declara la Resolución de la Dirección de los Registros de 26 de Abril de 1910, que no procede la inscripción en el caso de constar en forma auténtica la oposición del forero, sin que sea necesario que impugne en vía judicial mediante formal demanda, las pretensiones del forista.

Véase en el comentario del art. 1628, lo dispuesto en el artículo 8.º de la ley Hipotecaria.

***

¿Pueden constituirse nuevos subforos á partir de la vigencia del Código civil?

El criterio del Código, en el art. 1654, se opone terminantemente á esta facultad. En lo sucesivo se prohibe la subenfiteusis, no sólo á los enfiteutas cuyo derecho al dominio útil sea posterior á la vigencia del Código civil, sino á todo enfiteuta cuyo derecho arranque de muchos años ó aun siglos atrás.

Se dirá que el Código no dice que los foros anteriores á su publicación sean enfiteusis, y que, si en los constituídos por tiempo ilimitado, á partir de su vigencia, debe entenderse prohibido el subforo, no así en los anteriores cuyos foreros tenían el derecho de subaforar, no disponiéndose en concreto nada en contrario que deba tener efecto retroactivo. No estamos conformes con esta apreciación. Lo terminante del precepto del art. 1654 comprende evidentemente á los subforos. Además, el 1655 muestra el criterio del legislador, según el cual, los foros constituídos por tiempo ilimitado deben considerarse censos enfitéuticos, y aquellos que después de ser varias veces renovados, siguen subsistentes desde la Real cédula de 1763, no pueden menos de entenderse de ilimitada duración. Aparte de esto, aun prescindiendo del art. 1655, los foros se han estimado siempre derechos de naturaleza enfitéutica, se les han aplicado las reglas propias de la enfiteusis en nuestro derecho, y no puede menos de regir para el subforo lo que el art. 1654 establece respecto á la subenfiteusis, puesto que es el mismo el mal que el legislador quiso evitar para el porvenir.

ARTÍCULO 1656

El contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole el cesionario una renta ó pensión anual en frutos ó en dinero, se regirá por las reglas siguientes:

1.ª Se tendrá por extinguido á los cincuenta años

de la concesión, cuando en ésta no se hubiese fijado expresamente otro plazo.

2.ª También quedará extinguido por muerte de las primeras cepas, ó por quedar infructíferas las dos terceras partes de las plantadas.

3.ª El cesionario ó colono puede hacer renuevos y mugrones durante el tiempo del contrato.

4.ª No pierde su carácter este contrato por la facultad de hacer otras plantaciones en el terreno concedido, siempre que sea su principal objeto la plantación de viñas.

5.ª El cesionario puede transmitir libremente su derecho á título oneroso ó gratuito, pero sin que pueda dividirse el uso de la finca, á no consentirlo expresamente su dueño.

6.ª En las enajenaciones á título oneroso, el cedente y el cesionario tendrán recíprocamente los derechos de tanteo y de retracto, conforme á lo prevenido para la enfiteusis, y con la obligación de darse el aviso previo que se ordena en el art. 1637.

7.ª El colono ó cesionario puede dimitir ó devolver la finca al cedente cuando le convenga, abonando los deterioros causados por su culpa.

8.ª El cesionario no tendrá derecho á las mejoras que existan en la finca al tiempo de la extinción del contrato, siempre que sean necesarias ó hechas en cumplimiento de lo pactado.

En cuanto á las útiles y voluntarias, tampoco tendrá derecho á su abono, á no haberlas ejecutado con consentimiento por escrito del dueño del terreno, obligándose á abonarlas. En este caso se abonarán dichas mejoras por el valor que tengan al devolver la finca.

9.ª El cedente podrá hacer uso de la acción de desahucio por cumplimiento del término del contrato.

10.ª Cuando después de terminado el plazo de los cincuenta años ó el fijado expresamente por los interesados, continuare el cesionario en el uso y aprovechamiento de la finca por consentimiento tácito del ce-

dente, no podrá aquél ser desahuciado sin el aviso previo que éste deberá darle con un año de antelación para la conclusión del contrato.

Es éste uno de los artículos redactados en el Código con mayor acierto, distinguiéndose por su precisión y claridad.

El contrato de que el Código, se ocupa, sin darle nombre, en el art. 1656, es el conocido en Cataluña con el nombre de *rabassa morta*, ó establecimiento á primeras cepas. Su uso es muy frecuente en el Principado, y como además se conocía y practicaba en otras regiones, y se estima beneficioso para la propiedad y para los intereses de los dueños y de los cultivadores, el Código le ha dado carta de naturaleza en todo el país, y le reglamenta con acierto y relativa minuciosidad.

El establecimiento á primeras cepas participa de la naturaleza de la enfiteusis y de la del arrendamiento. Es propiamente un censo de naturaleza temporal, que, aunque comprendido en esta sección, no encaja propiamente en el precepto que, como general á todos los censos, establece el art. 1608. Es de la naturaleza del censo la perpetuidad; es de la naturaleza del contrato que nos ocupa la temporalidad.

En virtud del censo ó establecimiento á primeras cepas, el dueño del suelo cede su uso á un tercero para que plante viña por el tiempo que vivieren las primeras cepas, mediante el pago de una pensión y por un tiempo determinado.

Puede concederse la facultad de hacer otras plantaciones; pero siempre su objeto principal debe ser la plantación de viñas.

Declara el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Noviembre de 1896, que los establecimientos á *rabassa morta* no constituyen verdaderas enajenaciones de fincas rústicas y difieren esencialmente de la enfiteusis.

Son los derechos del concesionario, llamado *rabassaire* en Cataluña:

1.° El uso y disfrute del suelo durante el tiempo de la con-

cesión, pudiendo hacer renuevos y mugrones, y aun mejoras, con autorización por escrito del dueño.

2.º La facultad de disponer de su derecho á título oneroso ó lucrativo, por actos *intervivos* ó *mortis causa*, dejando siempre naturalmente á salvo, puesto que sólo dispone de lo suyo, los derechos del dueño ó concedente. Al efecto, ha de disponer de todo ó nada, pues se le prohibe dividir el uso de la finca á no consentirlo expresamente el dueño.

3.º Los derechos de tanteo y de retracto en los términos establecidos en su lugar oportuno respecto á la enfiteusis.

4.º La facultad de dimitir ó abandonar la finca cuando le convenga, abonando los deterioros causados por su culpa.

5.º El derecho de exigir á la terminación del contrato el abono de las mejoras realizadas con consentimiento del dueño.

Son los derechos del dueño del inmueble ó suelo cedido:

1.º La facultad de cobrar la pensión establecida, sea en dinero ó en frutos, como es lo más frecuente.

La pensión puede consistir en una parte alícuota del fruto, de seis vides una, de ocho una, de seis hileras una, de once dos, etc. En estos casos debe considerarse aplicable lo dispuesto en el art. 1630.

2.º La facultad de disponer de su derecho sin perjuicio de la concesión hecha, ó respetando en absoluto los derechos cedidos.

3.º Los derechos de tanteo y retracto, conforme á lo prevenido en los artículos 1636 y siguientes para la enfiteusis.

4.º Consentir en la división de la finca ú oponerse á ella, y consentir ú oponerse á la realización de mejoras abonables.

5.º La facultad de readquirir el suelo á la terminación del contrato, con lo plantado en él, y aun con las mejoras hechas, sin reintegro alguno, si no hubiese concedido autorización por escrito al concesionario para hacerlas y obligándose además á abonar su importe.

Termina el contrato á primeras cepas:

1.º Por expirar el plazo estipulado para la concesión.

Cuando no se hubiese estipulado expresamente plazo alguno, la ley declara caducado el derecho á los cincuenta años de la concesión.

Esta doctrina estaba reconocida por la jurisprudencia en sentencias de 10 de Noviembre de 1868, 5 de Enero de 1883, 9 y 17 de Junio de 1886.

Transcurrido el plazo de cincuenta años fijados para la duración del contrato, declara la Resolución de la Dirección de los Registros de 11 de Octubre de 1900, queda resuelto el derecho del concesionario, en virtud de lo estipulado en el mismo contrato, y así se hará constar en el Registro, sin perjuicio del derecho del interesado á la propiedad de las cepas ó á su importe, si así se convino.

El dueño, para hacer valer su derecho, puede ejercitar la acción de desahucio.

2.º Por muerte de las primeras cepas.

3.º Por quedar infructíferas las dos terceras partes de las plantadas.

4.º Por abandono ó dimisión de la finca, cuando así convenga al concesionario.

5.º Por resolución del derecho del concedente.

6.ª Por pérdida material ó jurídica del inmueble.

7.º Por consolidación en virtud de los derechos de tanteo ó de retracto, ú otras causas.

8.º Por prescripción, al poseer el concesionario como libre la finca durante diez, veinte ó treinta años, según las circunstancias que puedan concurrir en la posesión.

Al expirar el término del contrato, ó transcurrir en su caso los cincuenta años, morir las primeras cepas, ó quedar infructíferas dos terceras partes, puede el dueño ejercitar contra el colono la acción de desahucio. Así lo reconocía también la sentencia de 30 de Diciembre de 1890, con aplicación á Cataluña.

No marcándose plazo por los interesados al constituirse el derecho, el contrato *rabassa morta* queda extinguido de dere-

cho á los cincuenta años, pudiéndose pedir la cancelación en el Registro, sin necesidad del consentimiento de los interesados, ni de providencia judicial. (Resolución de 15 de Abril de 1906.)

Llamamos la atención sobre el núm. 10 del artículo que examinamos, cuyo precepto no exige comentario.

La naturaleza temporal del contrato de cesión á primeras cepas, explica las especialidades que contiene y motiva la no aplicación de algunas de las disposiciones relativas en general á los censos. Por otra parte, aunque el contrato se califique y sea de naturaleza análoga al de enfiteusis, no pueden tampoco serle aplicables todos los preceptos del censo enfitéutico.

Así, por ejemplo, la redención como un derecho del censatario, y el comiso como una facultad del dueño directo, son en cierto modo consecuencias de la naturaleza perpetua de los censos en general, ó de la perpetuidad y especialidades del censo enfitéutico. En el contrato á primeras cepas, el concesionario no puede exigir la redención, porque desde luego se conviene que vuelva el suelo con lo plantado al que sigue siendo el verdadero y único dueño; éste á su vez, no necesita valerse del comiso por la misma razón; le basta el desahucio, desahucio que debe proceder también por falta de pago de la pensión, ó incumplimiento de condiciones estipuladas.

El contrato á primeras cepas, no exige necesariamente el otorgamiento de escritura pública, ni la valoración del inmueble. Puede pactarse el laudemio; pero suprimido en el Código como condición legal de la enfiteusis, es claro, que menos aún puede exigirse en dicho contrato, mientras no se pacte. No es desde luego aplicable lo dispuesto en el art. 1653.

Existe en Asturias un contrato muy parecido al *rabassa morta* de Cataluña, que recibe el nombre de *cédulas de planturía.*

Constituye una especialidad del derecho catalán otro contrato por virtud del que el dueño de una finca transmite á otro el dominio directo de ella reservándose el útil con la obligación de abonar pensión. Se le da el nombre de *revessejat,* ó hecho al revés. Constituído el *revessejat*, existe una verdadera enfiteusis,

con los derechos de aprovechamiento, facultad de transmitir y gravar, y tanteo y retracto en el dueño útil, y los de percepción de la pensión, facultad de disponer de su derecho, exigir el pago de laudemio, y el reconocimiento ó cabrevación, tanteo ó retracto en el dueño directo. No es aplicable en Cataluña la doctrina del comiso, y sólo cabía la redención en virtud de convenio. Hoy, en esta parte deben aplicarse las disposiciones de carácter general que consideran redimibles todos los censos.

CAPITULO III

Del censo consignativo.

Pueden consultarse, con relación á este censo, las ideas generales que, en cuanto á su concepto é historia, quedaron expuestas al principio del presente título.

Debemos, no obstante, explanar algo dichas ideas, y hacer constar el derecho anterior al Código con relación al censo consignativo.

Nació este censo dándosele la apariencia de una compraventa. La agricultura necesitaba capitales, y el capital, á su vez, necesitaba colocación. Las severas leyes sobre la usura, por una parte, dificultaban el préstamo y retraían á los capitalistas en perjuicio de la propiedad, y por otra, limitaban la ganancia ó producto del capital. Ideáronse entonces varios contratos para burlar la ley, y entre ellos el de censo consignativo, que, á pesar de la identidad de circunstancias, no consta que se hubiese ocurrido ni fuese practicado antes de la Edad Media.

El capitalista, en vez de comprar una finca, compraba una renta ó pensión anual; el agricultor vendía esa renta deduciéndola de sus productos, y el pago de la pensión se aseguraba con la finca del vendedor. Este era el censatario, y el comprador el

censualista. Como el capital, al constituirse el censo á perpetuidad, y como irredimible, no se había de devolver, ó era sólo reembolsable á voluntad del vendedor ó deudor para librarse del pago de la renta cuando se constituía como redimible, el tipo de la pensión podía ser relativamente crecido, y lo fué de hecho, exigiéndose además por el censualista otros derechos, tales como el de tanteo al venderse el inmueble, reconocido como propio de este censo en el *motu propio* de Pío V, y el de comiso, admitido como eficaz en la ley 68 de Toro.

La constitución de estos censos se hizo frecuentísima, una vez admitida por la Iglesia su validez, y aumentados los capitales merced al descubrimiento de América.

El Papa Martino V exigió, como requisitos para la licitud del censo consignativo, que el capital y la pensión consistiesen en dinero, que los bienes quedasen afectos á perpetuidad, y que el vendedor ó censatario pudiese redimir el censo cuando quisiere, en todo ó en parte, sin poder ser obligado á ello por el comprador ó censualista.

Pío V modificó en parte este estado de cosas en una Constitución del año 1568, exigiendo mayores requisitos, aceptando algunos derechos, limitando otros y dictando reglas especiales. Esta Constitución, conocida con el nombre de *Motu propio* de Pío V, no fué admitida en Castilla ni en Aragón, pero sí en Navarra.

Era la doctrina admitida en España sobre el censo consignativo:

1.º Que el censo debía recaer sobre cosa inmueble, propia del censatario, y fructífera.

2.º Que el capital debía ser entregado al censatario, guardar proporción con la pensión, y consistir en dinero. Esto último, sólo se exigió determinadamente en nuestras leyes con relación al censo vitalicio, pero se admitía en general como regla del censo consignativo. La libertad completa de estipulación concedida por la Real Cédula de 18 de Agosto de 1818, respecto á los censos, permite, sin embargo, dudar de que tal exigencia pu-

diera sostenerse en los censos anteriores al Código civil y posteriores á esa fecha.

3.° Que la pensión debía consistir también en dinero, exigencia que tuvo por objeto evitar los abusos y la exhorbitancia del interés cuando se pactaba en frutos ó en especies, para eludir las leyes sobre tasa de la pensión. Estas leyes, que aparecen reunidas en la Novísima Recopilación, á pesar de ser contradictorias las unas con las otras, exigieron: primero, que la pensión en los censos redimibles ó al quitar, no pudiese exceder de un millar de maravedises por cada 14.000 de capital (7 y $^{2}/_{14}$ por 100); después, de 1.000 por 20.000, ó 5 por 100; y últimamente de 1.000 por 33.000 y un tercio, ó sea el 3 por 100, respetándose, no obstante, la costumbre admitida el algunas regiones de pagar en frutos, aunque regulándose su importe con arreglo al criterio ó tipo legal. (Leyes 3.ª, 4.ª, 5.ª, 8.ª y 9.ª del tít. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación.)

En los censos perpetuos é irredimibles, una costumbre bastante general, dice Morató, había adoptado entre nosotros la tasa del 2 y $\frac{1}{2}$ por 100. Sabemos, sin embargo, que, con anterioridad al Código, fueron declarados redimibles todos los censos perpetuos. (Véase el comentario de los arts. 1608 al 1611.)

4.° Que, aparte otros derechos especiales que pudieran nacer de lo expresamente estipulado, el derecho normal y ordinario del censualista consistía en el cobro, por tiempo indefinido, de la pensión, pudiendo ejercitar al efecto la acción personal ó la real.

5.° Que el censatario seguía siendo dueño en absoluto de la finca gravada, y podía redimir el censo devolviendo el capital. En caso de deterioros más ó menos graves de la finca, regían los artículos 150 al 152 de la ley Hipotecaria, examinados al comentar los arts. 1625 al 1627 del Código y suprimidos en la ley Hipotecaria vigente.

Véase también el art. 149 de dicha ley.

6.° Se constituía el censo por contrato ordinario, seguido de entrega de capital ó partición de herencia, por testamento y por prescripción.

7.º Terminaba el censo consignativo por pérdida ó extinción de la cosa, por consolidación, por resolución del derecho del concedente en virtud de causa anterior al censo, por redención y por prescripción.

El censo consignativo difiere esencialmente de la renta ó pensión, porque aunque éstas puedan ser perpetuas, vitalicias ó temporales y estar aseguradas con hipoteca, de ordinario constituyen sólo derechos personales, y no redimibles á voluntad del pagador.

Más parecido existe entre el censo consignativo y ciertas cargas de patronato, pías memorias, aniversarios, etc., constituídas por el dueño de varias fincas ó testador, que transmite su disfrute á una persona con la carga de pagar cierta pensión para misas ú otros fines; pero el carácter vincular de estas instituciones, hace que se rijan por preceptos especiales, distintos á los naturales y ordinarios propios del censo que nos ocupa.

A medida que fué aumentando la importancia del préstamo con interés, fué disminuyendo la del censo consignativo, siendo cada vez más raros los que se constituyen. Sin embargo, el señor Azcárate dice sobre este censo lo siguiente: «Si bien la nueva organización del régimen hipotecario lo hace menos necesario que antes, siempre tendrá sobre el préstamo, entre otras, la ventaja de depender de la voluntad del deudor el reembolso del capital.» Esta misma ventaja es la que mata al censo consignativo, porque no conviene de ordinario á los acreedores.

El censo consignativo subsiste en los Códigos de Francia, Bélgica, Vaud, Luisiana, Holanda, Chile, Portugal, Méjico, Uruguay, Egipto, Zurich, Italia y Venezuela, y en nuestra patria conserva relativa importancia en Cataluña.

***

Nuestro Código define el censo consignativo en el art. 1606, y á él, como á todas las especies de censo, se refiere la doctrina de los artículos 1608 al 1627.

Por este motivo, sólo se dedican determinadamente cuatro artículos al censo consignativo, para expresar en ellos las reglas aquellas que son especiales al mismo, y que modifican en parte lo establecido en las disposiciones generales ó comunes á todos los censos.

Desde este punto de vista aun sobra algo, porque la excepción establecida en el art. 1657 no ha sido en general bien recibida por la opinión; la regla de redención marcada en el 1658, podía haberse expresado entre las disposiciones generales, reuniendo así en uno los artículos 1651, 1658 y 1662, que, en suma, dicen lo mismo; y los artículos 1659 y 1660 estarían mejor formando uno sólo.

El censo consignativo recae hoy desde luego sobre una cosa inmueble, y requiere la entrega de un capital *en dinero,* pues así se deduce claramente de la definición general de los censos y de la especial del art. 1606.

¿Es indispensable para la constitución de este censo el otorgamiento de escritura pública? Al no exigirse ese requisito aquí, como con relación al censo enfitéutico en el art. 1628, parece que el legislador muestra claramente su criterio de no ser necesaria la escritura pública para su validez, y de quedar sujeto este censo á las reglas generales en materia de contratación. Sin embargo, téngase en cuenta lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 1280.

Por último, aunque en el Código figure el censo consignativo como un contrato, no es ésta la única forma de su constitución, ni cabe dejar de considerársele, ante todo, como un derecho real.

ARTÍCULO 1657

Cuando se pacte el pago en frutos de la pensión del censo consignativo, deberá fijarse la especie, cantidad y calidad de los mismos, sin que pueda consistir en una parte alícuota de los que produzca la finca acensuada.

Bajo la base de lo establecido para las pensiones en general en los artículos 1613 al 1616, y respetándose lo preceptuado en el párrafo primero del 1630, el legislador introduce en el censo consignativo una limitación á la libertad de estipulación entre los interesados. La pensión puede consistir en una cantidad determinada de frutos cada año, pero no en una parte alícuota de los que produzca la finca acensuada.

Esta limitación en el censo consignativo, tiene alguna razón de ser. No puede obedecer á preocupaciones antiguas sobre la tasa y temor de que la pensión resulte excesiva, porque en dinero ó en frutos, hoy los interesados pueden fijar la pensión más ó menos crecida que estimen conveniente, y lo que se permite en una forma, no podía prohibirse en otra, ni menos coartar la libertad individual bajo la base de temer lo que expresamente se consiente.

La finca en el censo consignativo es desde luego propia del censatario, y lo fué antes de la constitución del censo; ni es natural en esta especie de préstamos que se pacte por renta ó intereses el pago de una parte alícuota de frutos, ni puede ser conveniente al deudor esa inspección molesta y continua del censualista en la producción de la finca que lleva consigo esa forma de pago de la pensión.

Al censualista tampoco le reporta grandes ventajas la necesidad de esa intervención, que, por otra parte, puede proporcionar rozamientos y disgustos innecesarios. Por lo mismo que se concede á las partes tan gran libertad, no necesitan estipular que como pensión se entregue una parte alícuota de los frutos: calculen el término medio de la renta ó producción del inmueble, y fijen el tanto por ciento que quieran, para que se abone cada año en frutos ó dinero la cantidad determinada que proceda, sin intervenciones é inspecciones tan molestas cómo innecesarias.

Como ya indicamos, los autores que hemos consultado no están conformes con la limitación establecida en el art. 1657, pero creemos que no han apreciado debidamente su razón de ser, y

que exageran los inconvenientes de la falta de respeto á la libertad individual.

Códigos extranjeros.—El art. 1646 del Código de Portugal, exige que el censo consignativo se constituya por escritura pública y sea inscrito en el Registro de la propiedad.

El art. 1647 preceptúa que el interés será el convenido, y en su defecto el 5 por 100.

El rédito ó pensión del censo consignativo, dice el art. 3226 del Código de Méjico, se pagará siempre *en dinero* y en la clase de moneda convenida.

El Código de Chile dispone en el art. 2026 que la razón entre el canon y el capital no podrá exceder de la cuota determinada por la ley, siendo el máximum, mientras la ley no marque otro, el 4 por 100 al año. Añade el 2028 que no puede estipularse, pena de nulidad, que se pague la pensión en frutos.

El art. 2027 exige escritura pública é inscripción.

Coincide el Código de Uruguay, artículos 1821 y 1822, con los 2027 y 2028 del de Chile.

ARTÍCULO 1658

La redención del censo consignativo consistirá en la devolución al censualista, de una vez y en metálico, del capital que hubiese entregado para constituir el censo.

Véase el comentario de los arts. 1608 al 1612 y el del 1651.

Aquí el capital se entregó en dinero, y la cantidad que se dió es la que ha de devolverse también en metálico y de una sola vez.

Códigos extranjeros.—Véanse los arts. 1784 del Código de Italia, 1648 y 1651 del de Portugal, 2038 del de Chile y 1832 del de Uruguay.

ARTÍCULO 1659

Cuando se proceda por acción real contra la finca acensuada para el pago de pensiones, si lo que reste

del valor de la misma no fuera suficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más del mismo, podrá el censualista obligar al censatario á que, á su elección, redima el censo ó complete la garantía, ó abandone el resto de la finca á favor de aquél.

ARTÍCULO 1660

También podrá el censualista hacer uso del derecho establecido en el artículo anterior en los demás casos en que el valor de la finca sea insuficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que haya disminuído el valor de la finca por culpa ó negligencia del censatario.

En tal caso éste será además responsable de los daños y perjuicios.

2.ª Que haya dejado de pagar la pensión por dos años consecutivos.

3.ª Que el censatario haya sido declarado en quiebra, concurso ó insolvencia.

Modifica el primero de estos artículos lo preceptuado en general en el art. 1625 para el caso de disminución de valor de la finca acensuada.

El censualista puede obligar al censatario á que redima el censo consignativo, abandone la finca ó complete la garantía, cuando el valor del inmueble resulte insuficiente para cubrir el capital y un 25 por 100 más, si concurren por otra parte alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Haberse procedido por acción real contra la finca acensuada para conseguir el pago de las pensiones.

2.ª Haberse dejado de pagar dos pensiones consecutivas.

3.ª Haber disminuído el valor de la finca por culpa ó negligencia del censatario.

4.ª Haber sido declarado dicho censatario en quiebra, concurso ó insolvencia.

El primer supuesto corresponde al precepto del art. 1659, en el que el legislador parte de la base de haber disminuído el valor de la finca, precisamente por el ejercicio y efectividad de la acción real.

En los demás casos, la finca vale desde luego menos del tipo fijado por el legislador, sin que á ello haya contribuído en lo más mínimo la acción del censualista. Peligra el derecho de ésté, ya por mediar culpa ó negligencia en el censatario, ya por deberse dos pensiones aparte del capital, ya por las complicaciones á que se presta la declaración de quiebra, concurso ó insolvencia, y la ley, antes de que el mal se convierta en irremediable, perjudicándose el derecho del censualista por causas que, en suma, son siempre imputables al censatario, le concede la facultad que expresa el art. 1659: redención, abandono ó aumento de garantía.

La elección de uno de los tres expresados remedios corresponde al censatario como deudor, ya que cualquiera de ellos satisface los intereses del censualista. Aparte de esto, procede la indemnización de daños y perjuicios siempre que el desmerecimiento de valor de la finca proceda de culpa ó negligencia del censatario.

Es condición indispensable para el ejercicio del derecho concedido en los arts. 1659 y 1660, en todos los casos, que el valor de la finca resulte insuficiente para cubrir el capital del censo y un 25 por 100 más. Si el capital representa 1.000, la finca, que además ha de responder del pago de las pensiones, ha de valer por lo menos 1.250. Dentro de este límite, puede ocurrir que la finca valga 1.249, ó simplemente 1.000, ó aun menos, y según los casos, el censualista podrá ó no sufrir perjuicio. No lo sufrirá siempre que la finca valga más de lo que represente el capital y las pensiones adeudadas, ó cuando se proceda á la redención ó á completar la garantía; pero si se abandona la finca, y el valor de éste es inferior al capital del censo, el perjuicio es evidente. Como no dudamos que en el art. 1659, y por tanto en el 1660, la elección se concede al censatario, y como cuando la

finca valga menos que el capital, lo probable es que el censatario opte por abandonarla, es evidente que al censualita ha de corresponder en tal caso el derecho de reclamar por acción personal lo que se le reste ó deba por razón de capital ó de pensiones, y aun por daños y perjuicios en su caso. De todos modos, el censualista, reclamando por acción real contra la finca, no podría pretender más que su valor en el momento de la reclamación.

No es probable que, valiendo la finca más de lo adeudado, opte el censatario por abandonarla, pero es posible que no le quede otro recurso por no poder redimir ni completar la garantía. ¿Deberá en tal caso devolver el exceso al censualista? Dudosa es la contestación. Aquí no cabe hablar de mejoras, porque la finca era desde luego del censatario, y es lo probable su deterioro más bien que aumento alguno de valor. Cierto que el censualista no debe enriquecerse á costa del censatario, pero éste tiene tres medios para escoger al llegar cualquiera de los casos previstos en los arts. 1659 y 1660; puede también como dueño vender la finca, y si nadie le ofrece más de lo que pueda representar el capital del censo y sus pensiones debidas, ¿cómo va á pretender que el censualista, á quien de ordinario no convendrá la finca, le abone una diferencia relativamente pequeña, que de ningún tercero puede conseguir? Sería imponer al censualista la compra forzosa del inmueble por su justo valor, exigirle una obligación fundándose en artículos cuyo objeto es concederle derechos. Creemos, pues, que en el caso expuesto, la finca con su exceso pasa al censualista sin obligación alguna de reintegro. No puede perderse de vista en esta cuestión, que en todos los casos á que se refieren los arts. 1659 y 1660, el derecho del censualista arranca de hechos imputables al censatario, que de ningún modo deben nunca convertirse en su beneficio.

La determinación del verdadero valor del inmueble, si no hay conformidad entre los interesados, se hará por peritos, resolviendo en último caso los Tribunales lo que estimen procedente.

La ley, en los artículos que examinamos, supone con razón que, si el censualista entrega mil pesetas á censo consignativo sobre determinada finca, es porque ésta vale bastante más. Puede ocurrir que no sea así, y que la finca sólo valiese al constituirse el censo la cantidad que se entrega ó muy poco más. Resultará entonces desde el principio, que el inmueble no asegura el capital y un 25 por 100 más, como quiere la ley; pero este hecho, por sí sólo, no autoriza al censualista para obligar al censatario al abandono, la redención ó la sustitución de garantía. Mientras ese censatario pague puntualmente la pensión, y no deteriore la finca, ni provoque con sus actos la quiebra, el concurso ó la insolvencia, el censualista no puede exigir nada, teniendo que conformarse con la garantía que aceptó. Si la finca se deteriora por fuerza mayor ó caso fortuito, habrá de aplicarse la regla general: el censatario optará entre seguir pagando la pensión ó abandonar el inmueble al censualista. Ahora bien: si se presentan los casos previstos en los arts. 1659 y 1660, el censualista podrá hacer en seguida uso del derecho que en los mismos se le concede, sin que pueda el censatario alegar que ya al constituirse el censo, la finca no valía lo bastante para responder del capital y un 25 por 100 más, porque cuanto menos valiese entonces, tanto mayor perjuicio supone para el acreedor la falta de puntualidad en el pago de las pensiones, el deterioro culpable, ó la declaración de quiebra, concurso ó insolvencia.

Códigos extranjeros.—Según los arts. 1912 y 1913 del Código de *Francia,* la redención en la renta simple (censo consignativo) es forzosa cuando el censatario no paga dos años la pensión, cuando no da la garantía prometida, y cuando incurre en quiebra ó insolvencia.

Los arts. 1785 y 1786 del Código de *Italia* repiten esos preceptos, y añaden, como causa de redención obligatoria, la no sustitución de garantía cuando falta ó es insuficiente la primera.

Por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos, puede exigir el censualista la devolución de su capital en

el censo consignativo, según el art. 1649 del Código de *Portugal.*

No existen declaraciones especiales en los Códigos de *Chile* y *Uruguay.*

En cambio, el Código de *Méjico* dedica los arts. 3230 al 3238 á la materia de inutilización total ó parcial de la finca en el censo consignativo, sin que sus diversos supuestos hagan, sin embargo, relación directa á lo dispuesto en nuestros artículos 1659 y 1660. El 3232 de dicho Código muestra su criterio contrario al abandono de la finca con las siguientes palabras: «El censatario, por cuyo dolo ó culpa hubiere sobrevenido la destrucción ó esterilidad parcial de la finca, no tiene derecho para pedir la reducción de las pensiones, ni hacer dimisión de la cosa, sino por consentimiento expreso del censualista.»

CAPÍTULO IV

Del censo reservativo.

Este censo forma un escalón intermedio entre el enfitéutico y el consignativo. Suprímanse en aquél los derechos de tanteo, retracto, comiso, licencia, reconocimiento, y demás que se hacen derivar del dominio directo, y tendremos el censo reservativo. Supóngase en el consignativo que el capital se entrega en fincas y no en dinero, y sobre ellas se carga la pensión, y vendremos á obtener la misma conclusión.

El censo reservativo tiene la apariencia de una venta en la que el comprador no paga el precio de momento, sino que se lo reserva para abonarlo después de más ó menos tiempo, á su voluntad, pagando entretanto los réditos correspondientes al precio no entregado. Se parece también á un arrendamiento de larga duración, á cuyo fin el arrendatario tiene la seguridad de poder convertirse en propietario libre, pagando al dueño el valor del inmueble arrendado.

Sin embargo, el censo reservativo no es propiamente en mo-

do alguno un arrendamiento, puesto que el censatario se hace desde luego propietario del inmueble y, como tal, puede disponer de él á su arbitrio; y si bien pudiera el acto estimarse como una venta especial, presenta caracteres singularísimos que sólo son propios del censo, pues el supuesto vendedor no puede reclamar nunca el precio, y en cambio adquiere un derecho real sobre el inmueble transmitido, derecho que no es una hipoteca que garantice el aplazamiento de ese precio, puesto que, como hemos dicho, éste no se puede reclamar. Además, nace del acto, como carácter propio y esencial, extraño á la venta, el pago anual y por tiempo indefinido de una pensión.

Sin embargo, Códigos hay, como el de Méjico, que no se ocupan de este censo, y sólo dicen: «Si uno diere á otro en pleno dominio una cosa inmueble, reservándose sólo una pensión, el contrato se considerará como venta á plazo, que no podrá pasar de diez años y se regirá por las disposiciones del título de compraventa.»

Tener que pasar por las horcas caudinas del censo enfitéutico, como ocurre en dicho Código, ó pagar el precio del inmueble dentro precisamente de diez años, nos parece una enormidad. Comprenderíamos más bien que se fomentase la constitución del censo reservativo, limitando hasta el máximum posible el enfitéutico.

Para nosotros, el censo reservativo es el más beneficioso de todos, es el que permite cómodamente al cultivador convertirse en propietario, el llamado á sustituir en los tiempos modernos á la molesta enfiteusis, reduciendo á cultivo las masas aún incultas, mejorando los terrenos ya cultivados, acrecentando la riqueza agrícola y haciendo desaparecer, mediante un prudente fraccionamiento de la propiedad de un modo justo y racional, y sin ofensa del derecho de los propietarios actuales, esa enorme acumulación de hectáreas de tierra en pocas manos, que en ciertas regiones es una de las principales causas del malestar inmenso que agobia en ellas á la clase pobre y trabajadora; de la crisis agrícola, que no puede remediar un jornal

mísero é inseguro; de la decadencia del país, cuyos elementos de vida quedan estancados; de la pobreza del Tesoro, siempre resentido por la falta de producción; de la lucha de clases, y del brote, en fin, de las ideas socialistas más avanzadas.

El censo reservativo se conoce en Italia con el nombre de renta predial.

Se prohibe para lo sucesivo en el Código de Portugal, artículo 1707, ordenando que los censos que se constituyan con ese nombre, se consideren enfitéuticos.

No se ocupan de este censo los Códigos de Chile y Uruguay.

El de Guatemala ya sabemos que no admite ninguna clase de censos.

Nuestro Código acepta el censo reservativo, cuyo concepto aparece en el art. 1607. A él nos hemos referido en el comentario de dicho artículo, en las ideas generales y en la historia de las instituciones censales y á él son aplicables los artículos 1608 al 1627.

Fuera de ellos, como disposiciones especiales, sólo existen los cuatro artículos que pasamos á examinar.

ARTÍCULO 1661

No puede constituirse válidamente el censo reservativo sin que preceda la valoración de la finca por estimación conforme de las partes ó por justiprecio de peritos.

Para el censo reservativo, no establece este artículo, como requisito indispensable de validez, el otorgamiento de escritura pública. Es, sin embargo, un acto inscribible y de aquellos en que es más conveniente la inscripción, por lo que lo más frecuente y natural es que la escritura se otorgue. Véase además el art. 1280.

Como precepto especial del censo reservativo, el art. 1661 exige la valoración del inmueble transmitido, valor que representa el capital del censualista.

Sólo debemos referirnos en este lugar al comentario del artículo 1629, que requiere igual valoración en el censo enfitéutico.

ARTÍCULO 1662

La redención de este censo se verificará entregando el censatario al censualista, de una vez y en metálico, el capital que se hubiese fijado conforme al artículo anterior.

Véase el comentario de los arts. 1608 al 1612, 1651 y 1658.

ARTÍCULO 1663

La disposición del art. 1657 es aplicable al censo reservativo.

Véase el comentario del art. 1657.

ARTÍCULO 1664

En los casos previstos en los arts. 1659 y 1660, el deudor del censo reservativo sólo podrá ser obligado á redimir el censo, ó á que abandone la finca á favor del censualista.

Véase el comentario de los arts. 1659 y 1660.

¿Por qué no se admite en el censo reservativo el derecho en el censatario de completar la garantía? Sánchez Román, dice: «La razón de omitir el medio de aumento de garantía, es que en el supuesto del censo reservativo, no es el censatario dueño en pleno dominio, como en el del consignativo, de la finca censida.»

No nos satisface esta razón, aunque no encontramos tampoco ninguna que nos satisfaga por completo. Si en el censo reservativo se transmite el pleno dominio de una finca, tan dueño es el censatario en ese censo como en el consignativo, pagando también en ambos casos la pensión. Tal vez lo que la ley ha tenido en cuenta, aparte la apariencia de préstamo que reviste el censo consignativo, es que en éste se entrega un capital en di-

nero, capital que se conserva siempre el mismo, mientras que en el censo reservativo el capital es precisamente la finca cuyo valor no alcanza á cubrir el capital y un 25 por 100 más. Pero esto no nos parece bastante para no consentir aquí, á no permitirlo el censualista, el aumento de garantía, porque aunque el capital transmitido sea la finca misma, su insuficiencia proviene de actos imputables al censatario, y ese medio puede prestar en casos determinados gran utilidad.

Al aplicar al censo reservativo lo dispuesto para el consignativo en los arts. 1659 y 1660 con la sola excepción indicada, se nota cierta anomalía. La finca se valora al entregarla al censatario, y ese valor es el capital del censo; luego mientras la finca no se mejore, es imposible que nunca valga lo bastante para responder del capital y un 25 por 100 más. Lo que en la ley parece suponerse una depreciación en el inmueble, significa realmente un aumento ó una mejora á contar desde la constitución.

Esto es cierto, pero no sirve de obstáculo á la eficacia del precepto. En primer lugar, la finca se entrega y se recibe precisamente para su mejora ó cultivo, siendo lo natural que aumente en seguida de valor: de otro modo el censo sería perjudicial al censatario. En segundo lugar, repetimos aquí lo dicho respecto al censo consignativo. Mientras el censatario pague puntualmente la pensión, no deteriore la finca, ni llegue al estado de quiebra, concurso ó insolvencia, el censualista no puede hacer uso del derecho establecido en el artículo 1664; al ocurrir esos hechos, todos imputables al censatario, el peligro para el censualista ha de ser tanto mayor cuanto menor valor tenga el inmueble. El deterioro, por otra parte, ha de referirse siempre á un estado anterior de la finca, á una época en que valía más, produciéndose después su insuficiencia legal por culpa del censatario.

TITULO VIII

DE LA SOCIEDAD

El ilustre autor de la exposición de motivos de la ley Hipotecaria, refiriéndose, en la introducción de esta obra, al libro 4.° del Código en general, decía que era dicho libro aquel en que menos novedades se habían introducido en la legislación anterior, y también el que más á salvo había estado de la crítica (1). Y si bien por el examen hecho de los títulos anteriores hemos visto confirmado el juicio de tan autorizado jurisconsulto, forzoso es reconocer que, tanto los autores del proyecto hoy vigente, como los que redactaron los de 1851 y 1882, no pudieron sustraerse á la aspiración, generalmente sentida en la doctrina y en la práctica, de poner la institución del contrato de sociedad en armonía con las necesidades de la vida moderna, dotándola de la libertad y de las demás condiciones precisas para su completo y provechoso desenvolvimiento.

Por eso, si bien en la base 26 de la ley de 11 de Mayo de 1888 se impuso, como norma fija para toda la materia de contratos, el criterio de mantener, respecto de las formas, requisitos y condiciones de cada uno de ellos, por base obligada la legislación vigente y las declaraciones consagradas por la jurisprudencia, hubieron de establecerse sustanciales modificaciones en el derecho antiguo que, simplificando las doctrinas y distin-

(1) Tomo 1.°, página 55

guiendo la sociedad de la comunión de bienes, han venido á esclarecer los conceptos y á dar el debido desarrollo á los mismos.

Deficiente la legislación alfonsina, que encerraba en los preceptos del título 10 de la Partida 5.ª todo el Derecho civil anterior al Código en materia de sociedades, é inadecuadas sus disposiciones para la regulación de todas las relaciones jurídicas á que pueden dar lugar las múltiples combinaciones de la actividad humana en los tiempos modernos con relación á dicha institución, se acudía, como supletorias, á las prescripciones del de Comercio y de las leyes complementarias del mismo, y aun á otras de carácter esencialmente administrativo, como la de 19 de Octubre de 1869, algunos de cuyos artículos pueden considerarse también, en cierto modo, según el Sr. Sánchez Román, como fuentes legales en el Derecho de Castilla, anterior á la vigente legislación (1).

Aun así, notábase la falta de reglas que dieran solución á todas las cuestiones que con frecuencia surgían por las dudas que originaba la deficiencia de la legislación, y á suplir esas omisiones y á subsanar dichos defectos, vinieron las disposiciones del presente título, en el que ha quedado organizado el contrato de sociedad bajo las tres bases reconocidas hoy por la ciencia como fundamentales en dicha institución, ó sean: 1.ª, libertad respecto al objeto; 2.ª, libertad en cuanto á la forma, y 3.ª, publicidad de sus estipulaciones.

Según el primero de dichos principios, la sociedad puede tener cualquier objeto determinado, sin limitación alguna, con tal que sea lícito y esté establecido en interés común de los socios, (artículo 1666). Conforme al segundo, podrá constituirse en cualquier forma, salvo que se aporten á ella bienes inmuebles ó derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública artículo (1667); y por el tercero de ellos se ha venido á imponer una restricción derivada de poderosas razones de moralidad que la justifican plenamente, pues no es lícito que los pactos se

(1) Obra ya citada;.tomo 4.º, pág. 523.

mantengan secretos para los individuos que componen la sociedad, y hasta tal punto se exige dicha publicidad, que el mismo Código priva de personalidad jurídica á las sociedades en que no se cumpla ese requisito, disponiendo que las así establecidas se regirán por las prescripciones relativas á la comunidad de bienes (art. 1669).

Más adelante, al comentar los artículos respectivos, ampliaremos estas ideas, pues nuestro objeto ahora no es más que hacer una breve exposición ó resumen de la materia objeto del presente título, presentando un ligero bosquejo de la forma en que la misma ha sido organizada, y tal propósito no consiente más detallada indicación.

La sociedad, ó las asociaciones como algunos autores dicen, tiene tanta importancia en todos los órdenes de la vida jurídica, que es y ha sido siempre objeto de seria y especial atención en todas las ramas del Derecho: pero al presente sólo hemos de estudiarla en la esfera puramente civil, puesto que sólo de las sociedades civiles se ocupa el Código en el título que examinamos.

Divídese éste en tres capítulos, estando consagrado el primero á la exposición de las disposiciones generales relativas á la constitución; el segundo á la determinación de los efectos con referencia á los socios, ó sea á las obligaciones de éstos entre sí ó para con los terceros, y el último, á la extinción, es decir, á los modos de poner término á la sociedad. División perfectamente lógica, porque dando lugar á la creación de una entidad jurídica, distinta de las personas de los socios y con capacidad independiente de la de éstos, es natural que se atienda por el legislador al nacimiento y á la muerte de la nueva personalidad, y ésta, en las varias esferas de la relación contractual á que el contrato social puede dar lugar, tiene necesariamente que producir efectos jurídicos, ó sean derechos y obligaciones de los socios entre sí y también con relación á los terceros que con la Sociedad contraten.

Hemos dicho al principio que esta materia no está exenta de modificaciones de relativa importancia, á pesar del cuidado con

que se ha procurado conservar como base de la nueva reglamentación el derecho antiguo en cumplimiento de la ley de 11 de Mayo de 1888, y buena prueba de ello son las prescripciones contenidas en los artículos 1666, en su párrafo 2.°, 1667, 1668, 1669, 1672, 1674, 1677, 1682, 1684 1692, 1703, 1704 y algunos otros á cuyos respectivos comentarios nos remitimos.

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Como lo indica su epígrafe, en este capítulo, primero de los tres en que se divide el presente título, se comprenden las disposiciones de aplicación general respecto del contrato de sociedad; pero sus preceptos no se extienden á toda la materia propia de dicha institución, ni alcanzan á todas sus consecuencias jurídicas, según tendremos ocasión de observar al examinar cada uno de los diversos artículos de que consta.

Por el contrario, á pesar de la amplitud de su epígrafe y de la extensión de los términos del mismo, todas las prescripciones de este capítulo se contraen única y exclusivamente á la noción de la sociedad como contrato, á la forma de su constitución, á las diversas especies ó manifestaciones de ella y á la capacidad jurídica para constituirla: conceptos que iremos desarrollando en el sucesivo estudio de sus preceptos, quedando reservado para los dos capítulos siguientes lo relativo á los efectos y á la extinción de la sociedad.

Tal como se halla regulado por dichas disposiciones, el contrato indicado tiene diversos precedentes en el Derecho romano, pudiendo citarse como tales el fragmento 84 del título 2.°, libro 17 del Digesto, el libro 4.°, título 37 del Código Justinianeo, el título 25 de la Instituta y diversas constituciones imperiales. Apenas contienen indicación alguna acerca de él los cuerpos legales de origen germánico, como el Fuero Juzgo, el

Fuero Viejo y el Fuero Real, lo cual nada tiene de extraño, dado el carácter especial de aquellos pueblos y el estado embrionario en que en los mismos se hallaba la sociedad. Los fueros municipales y las legislaciones forales de Aragón, Vizcaya, Navarra y Cataluña tampoco se ocuparon de este contrato, rigiéndose la última de dichas regiones por la legislación romana como supletoria, y todas las demás por el derecho común de Castilla, que, como queda ya dicho, estaba encerrado, en cuanto á esta materia, en el título 10 de la Partida 5.ª, y en el Código de Comercio, del que tienen aun aplicación á la sociedad civil las disposiciones del mismo que no se opongan á las del Código civil, según precepto expreso de su art. 1670, cuando aquella revista alguna de las formas reconocidas por la legislación mercantil.

Conforme al criterio adoptado por las leyes de Partida, la sociedad ó la compañía, como la llamaba la ley 1.ª del título y Partida indicados, no era más que un *ayuntamiento* de hombres ó de cosas para obtener una utilidad en común ó para ayudarse mutuamente con objeto de obtener un fin determinado; pero en la actualidad es muy distinto el concepto que merece, como veremos al comentar el primero de los artículos de este capítulo.

ARTÍCULO 1665

La sociedad es un contrato por el cual dos ó más personas se obligan á poner en común dinero, bienes ó industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

Este artículo es el más importante del capítulo de que forma parte, y el que mayor detención requiere en su comentario, porque sin dejar previamente bien determinada la noción exacta del contrato de sociedad civil, no podremos pasar al estudio de las disposiciones subsiguientes reguladoras de las diversas consecuencias y de los diferentes estados jurídicos de dicha institución.

Para ello necesario es examinar tres puntos distintos, que son: 1.º, el concepto jurídico de la sociedad civil como contrato; 2.º, las diferencias que le distinguen de la comunidad de bienes, y 3.º, la recta inteligencia de los términos de este artículo; y á fin de proceder con la claridad conveniente en su exposición, nos ocuparemos por separado de cada uno de ellos.

I.—*Concepto jurídico del contrato de sociedad.*

La sociedad, dice el artículo que comentamos, es un contrato por el que dos ó más personas se obligan á poner en común dinero, bienes ó industria, *con ánimo de partir entre sí las ganancias.* Es decir, que, según los términos claros, precisos y concretos de la definición consignada en dicho artículo, el fin del contrato de sociedad, el móvil que impulsa á los socios á constituirla, es la utilidad ó la ganancia que éstos esperan obtener del concurso de sus respectivas aportaciones.

Dicha definición es la misma aceptada en el art. 1564 del proyecto de 1851, y está conforme también con el criterio seguido en casi todos los Códigos modernos.

Más reducida en sus términos la del Código francés en su artículo 1832, sólo habla de poner en común las cosas, omitiendo la industria ó el trabajo de los socios; pero en el artículo siguiente, de una manera terminante y expresa, reconoce las mismas clases de aportaciones que el nuestro, é igualmente estima como causa de la sociedad la intención de partir los beneficios que puedan resultar. Más ampliamente, la legislación mejicana define la sociedad como el contrato, en cuya virtud, los que pueden disponer libremente de sus bienes ó industria, ponen en común con otra ú otras personas esos bienes ó industria, ó los unos y la otra juntamente, con el fin de dividir entre sí el *dominio de los bienes* y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, *ó sólo las ganancias y pérdidas* (1), dando así solución á

(1) Art. 2351 del Código civil.

las cuestiones que han venido á decidir los art. 1672 á 1674, ambos inclusive, de nuestro Código. El de Portugal (1), precisa aun más el concepto, diciendo que *es lícito á todos los que pueden disponer de sus bienes é industria asociarse con otros, poniendo en común todos sus bienes, ó parte de ellos, y su industria simplemente, ó sus bienes é industria conjuntamente, con la intención de repartir entre sí los provechos ó pérdidas que puedan resultar de esa comunidad*; y que esto es lo que se llama sociedad. El Código civil del Imperio alemán, promulgado en 18 de Agosto de 1896, unificando el derecho de los diversos estados y armonizándolo con las doctrinas modernas, da clara noción del contrato citado por razón de sus efectos (2), estimando como fin del mismo el interés común, ó sea la utilidad que los asociados esperan reportar de la asociación.

Para no dar mayor extensión á estas indicaciones, prescindimos de nuevas citas, estableciendo, como resultado del estudio comparativo de los principales Códigos, que en la generalidad de ellos se considera como fin y razón jurídica del contrato de sociedad la distribución de las ganancias producidas por la misma.

Este es también el criterio mantenido en nuestra antigua legislación, según puede observarse por la definición de la compañía, dada en la ley 1.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª El Código de Comercio consideró igualmente como móvil de la sociedad la ganancia ó el lucro, siendo ésta además la opinión corriente entre los tratadistas y expositores del derecho civil.

Ante esta unanimidad de las legislaciones y de la doctrina, parecía que debería estar exento de crítica el concepto del contrato de sociedad consignado en el art. 1665 de nuestro Código civil; pero, por el contrario, ha sido objeto de seria impugnación, principalmente por haber estimado como único fin y móvil de la sociedad el reparto de las ganancias obtenidas por el cumplimiento del objeto de la misma.

---

(1) Art. 1240 de id.
(2) Art. 705 de id.

En efecto; el Sr. Pedregal, en el estudio crítico de dicho Código, publicado en el tomo 13 de la obra titulada *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos* (1), censura que se defina el contrato de sociedad por lo que es característico del acto mercantil, y reputa como una evidente inconsecuencia el excluir del derecho civil y común las sociedades que se constituyen para dividir pérdidas en vez de ganancias, que, según dice, son precisamente las que menos tocadas están del espíritu mercantil ó del mercantilismo. Esto sucede con las sociedades de seguros mutuos, pues, siendo lo esencial en ellas, no el repartir utilidades, sino distribuir pérdidas, están fuera de la definición del artículo que examinamos. Lo mismo se dice de las variadísimas sociedades cooperativas que se distinguen por el espíritu de solidaridad, contrario al de la ganancia, y que no encajan, por lo tanto, dentro de los límites de dicha definición; añadiéndose que las asociaciones conocidas con el nombre de *cajas rurales*, que tanta importancia tienen para el progreso de la agricultura y para robustecer el crédito agrícola, tampoco tendrían existencia legal en el orden civil dentro del concepto expuesto en dicho artículo, porque en ellas se asocian sin poner en común bienes, dinero, ni industria y sin propósito de partir ganancias, los agricultores de una comarca, obligándose á responder en común de las deudas que individualmente contraigan para fines de la agricultura, por cuyo medio se tiende á conseguir, por la responsabilidad colectiva de los asociados, dinero á módico interés para los labradores necesitados, librándoles así de los rigores de la usura: sociedades para cuyo desarrollo y fomento se han dictado recientemente diversas disposiciones administrativas, y que, como otras muchas que no tienen por fin único las ganancias, sino la satisfacción de necesidades morales, tendrían que vivir á la sombra del Código de Comercio para tener existencia legal, por no caber dentro de los límites trazados en el civil.

---

(1) *Códigos y leyes usuales españolas*, por D. Alejo García Moreno; t. 2.º, páginas 55 y 56.

Por estos motivos, sumariamente expuestos, censura dicho autor el concepto de la sociedad mantenido por el citado Código, que es el de nuestras antiguas leyes, y que considera estrecho *para contener la riqueza de vida que se muestra en la edad presente*; pero más adelante veremos la falta de fundamento de dicha impugnación.

Se ha censurado también el precepto de este artículo, porque, dentro de los límites de sus términos, no están comprendidas las asociaciones religiosas, la sociedad conyugal y demás sociedades civiles reconocidas y admitidas por la ley. Por eso algunos autores sostienen que el criterio del legislador, al establecer la noción del contrato de sociedad, debiera haber sido mucho más amplio, para que cupieran dentro de las disposiciones del Código, en sus diversas y variadas formas, todas las sociedades que viven y se multiplican en los pueblos modernos dentro del orden puramente civil.

Mas, á poco que en ello se medite, se comprenderá la falta de fundamento de dicha censura y el error que se padece, por no tener en cuenta el carácter y el objeto exclusivo de las disposiciones que comprende el presente título, en el que no se regula la sociedad en sí como entidad jurídica ó persona moral, sino únicamente el contrato de sociedad, ó la sociedad como contrato, es decir, la convención ó estipulación celebrada para la constitución y funcionamiento de las mismas. Examínense todos los artículos de dicho título y se verá que en ellos sólo se trata de los efectos jurídicos del expresado contrato en sus diversas manifestaciones, ó sean los derechos y obligaciones nacidos de la constitución de la sociedad, ya con relación á los socios y á los terceros, ya en consideración á la sociedad misma. Y como las asociaciones religiosas no son hijas de la convención ó del contrato, ni tampoco lo son la sociedad conyugal ni otras sociedades de orden distinto creadas para determinados fines morales, por eso no tuvo el legislador que ocuparse de ellas en este lugar del Código, ni comprender dentro de la definición de la sociedad, como contrato, dichas instituciones.

Las asociaciones religiosas, las comunidades que persiguen un fin espiritual, no nacen de los pactos ni de las estipulaciones del interés ó de la conveniencia. Tienen, por el contrario, un origen más elevado, y lo mismo sucede con la sociedad conyugal, estando fuera de lo que es materia de este título; pero á su vez la ley tiene que reconocer existencia á las mismas como entidad jurídica, y, en tal concepto, se ocupa de ellas en el lugar correspondiente, como puede verse en el capítulo 2.°, tít. 2.° del libro 1.°, y en el tít. 3.°, del libro 4.°

En cuanto á las sociedades de seguros mutuos, forzoso es reconocer que en éstas no concurren los caracteres propios de la sociedad civil, pues en ella cada asociado es asegurado y asegurador á la vez, contribuyendo al seguro de los demás en compensación al riesgo propio garantido ó asegurado. Lo mismo podemos decir de las cooperativas y, en general, de aquellas que no tienen por objeto el reparto de ganancias sino la distribución de pérdidas.

Se ha censurado también la definición de la sociedad civil dada por el Código, suponiéndola incompleta al hablar sólo del reparto de las ganancias y no de las pérdidas, como si los socios que la constituyen no estuviesen obligados á soportarlas en la misma proporción en que reciben las utilidades; pero más adelante, al examinar la recta inteligencia de este artículo, veremos cómo la distribución de las pérdidas entre los socios no es ni puede ser objeto de la sociedad sino consecuencia de la misma, y por eso la ley regula dicha obligación entre los efectos jurídicos de la sociedad.

De las indicaciones que preceden, podemos deducir, como conclusión, que en este título sólo se ocupa el Código de las sociedades que son producto del contrato, mejor dicho, de la sociedad como contrato, y así se explica que las disposiciones del mismo formen parte del libro 4.°, consagrado única y exclusivamente á la materia de las obligaciones. Al hablar, pues, de la sociedad civil, queremos referirnos, y nos referimos, en efecto, al conjunto de varias personas que se *conciertan*, bajo determina-

dos pactos, para realizar un fin determinado de la vida civil con la esperanza de obtener de ello un beneficio y con la intención de repartir entre los mismos las ganancias que la sociedad produzca.

Esta esperanza de repartir el beneficio, ha dicho un autor, es lo que constituye el objetivo intencional que dirige el contrato de sociedad, y este es también el carácter que distingue la sociedad de la simple comunidad.

Cierto es que la ganancia no es el único fin que pueden perseguir las sociedades civiles, pero es en ellas un factor indispensable la idea del beneficio común de los socios.

Como dice Laurent (1), no basta poner en común una cosa para que exista la sociedad, sino que es preciso que la convención de poner en común esa cosa se haga con la intención de partir con los demás socios el beneficio que pueda resultar; y hasta tal punto se ha estimado preciso esto, que en la jurisprudencia francesa encontramos una sentencia (2), que casó y dejó sin efecto la dictada por el Tribunal sentenciador, que estimaba como elemento constitutivo de sociedad el hecho de haber comprado dos hermanos en común un inmueble, que vendieron con un beneficio, después de haberlo poseído proindiviso durante varios años, fundándose la casación de dicha sentencia en que no resultaba comprobado que los hermanos referidos hubieran comprado el inmueble con la intención de revenderlo y de partir el beneficio que pudiera resultar de ello, *por lo que faltaba uno de los caracteres esenciales de la sociedad, no existiendo, por lo tanto, más que una simple comunidad.*

Esa idea del beneficio ó de la ganancia se deriva de la misma naturaleza del contrato de sociedad, cuya razón de existencia, así como su fundamento jurídico, está en la propia debilidad humana y en la impotencia del esfuerzo individual.

Por eso, porque los hombres aislados son impotentes para

(1) *Principios de Derecho civil,* 5.ª ed., vol. 26, pág. 147.
(2) 22 de Noviembre de 1852; Dalloz, 1852; pág. 1323.

realizar por sí el fin que es objeto de la sociedad, se asocian para llevarlo á cabo con el concurso de los elementos puestos en acción por todos ellos. Pero esto, que sería móvil bastante y causa suficiente de la mera asociación ó comunidad, no basta para constituir la sociedad, pues el individuo, para poner en movimiento su actividad, su inteligencia ó su industria; para emplear su capital ó destinar sus bienes al fin social, necesita, naturalmente, un estímulo, una recompensa, porque de lo contrario, para no obtener utilidad, no arriesgaría su capital ni pondría en ejercicio su esfuerzo. Y ese estímulo, esa recompensa, es la esperanza de obtener un beneficio, una ganancia; y de aquí ese carácter especial de la institución de que nos ocupamos, según el que los que unen sus esfuerzos para el fin común lo hacen para retirar un beneficio del concurso de sus respectivas aportaciones.

¿En qué debe consistir ese beneficio? Según dicen los tratadistas más autorizados, la noción del beneficio, y con más propiedad, la de ganancia, implica un provecho pecuniario que enriquezca á los socios, y conforme con este criterio, el Código emplea dicho término. Por eso no están comprendidas en la definición las sociedades que distribuyen los beneficios en otra forma, como sucede con las cooperativas ó aquellas en que el beneficio reportado es puramente moral.

Pero no basta, según el autor antes citado, para que exista una verdadera sociedad que el contrato procure un beneficio, sino que es preciso, además, que ese beneficio sea común, y esto es evidente, porque si no tuvieran participación en él todos los socios, no habría sociedad, y á esto obedece el que el presente artículo, al definir la sociedad, diga que los socios se obligan á poner en común su dinero, sus bienes ó su industria con ánimo *de partir entre sí* las ganancias, cuya locución implica que los beneficios son comunes, pues si no lo fueran, no podrían partirse ó distribuirse entre ellos.

II.—*Diferencias entre la sociedad y la comunidad.*

Si bien en la definición consignada en el artículo que examinamos, entra como uno de los elementos constitutivos de la sociedad la comunión ó comunidad de las cosas que se aportan á la misma por los socios para la realización del fin social, no por eso deben confundirse una y otra, haciendo una sola de estas dos instituciones jurídicas que la ley ha querido hacer distintas.

La sociedad no es la comunidad, ha dicho con gran precisión un autor; y así es, en efecto, pues, aparte de su distinta naturaleza, se rigen por principios totalmente diferentes. Cierto es que los socios y los comuneros coinciden en cuanto al derecho sobre la cosa puesta en común, pero esto no es razón bastante para estimar idénticas la sociedad y la comunidad, prescindiendo de los elementos especiales que distinguen y caracterizan á la sociedad.

En efecto; si toda sociedad implica una comunidad, no puede decirse del mismo modo que toda comunidad constituya una sociedad. Distinguiendo ambas instituciones con su indiscutible autoridad, el ilustre jurisconsulto italiano Ricci (1), dice que la *comunión* no es más que un estado material de las cosas referente á su modo de ser; estado que se encuentra también en la sociedad, mientras que ésta no resulta sólo de un estado ó modo de ser de las cosas, sino que tiene una vida y un organismo que no se hallan más que en la sociedad.

La misma idea encontramos expuesta por el Sr. Sánchez Román (2), el cual dice que la comunidad es una idea que procede de un estado de los bienes ó de las cosas con relación á la pluralidad de personas que sobre ellos tienen derecho; mientras que la sociedad sólo tiene por legítimo fundamento la voluntad

(1) *Curso teórico práctico de derecho civil*, vol. 9.°, pág. 2.
(2) Obra citada, tomo 4.°, pág. 520.

acorde de los socios para constituirla; originándose, por lo tanto, la comunidad en el *estado del objeto* y el contrato de sociedad sólo en la voluntad de los sujetos contratantes.

Ampliando este concepto, Ricci dice «que la comunidad considerada en sí puede decirse que es un estado de inercia ó de inmovilidad, en cuanto ella es constituída por el hecho de que la cosa pertenezca á varias personas, sin que entre ellas se haya practicado todavía la división; mientras que la sociedad es modo y es vida en cuanto tiende incesantemente á la consecución de un objeto que consiste en el lucro.

Á pesar de las diferencias que las distinguen, algunos autores equiparan la comunidad con la sociedad, llegando, entre ellos Pothier (1), á decir que puede llamarse á la comunidad una *cuasisociedad* y á los comuneros *cuasiasociados*, confundiendo la comunidad con el cuasicontrato. Y en vista de esa pretendida semejanza, interesa mucho determinar sus diferencias para evitar que se confundan dichas instituciones, pues precisamente de esa confusión han surgido las impugnaciones que en el apartado anterior hemos visto se hacen al concepto de la sociedad expresado en nuestro Código, por aquellos que pretenden debían comprenderse dentro de él las asociaciones que no están constituídas con el fin de repartir las ganancias, y que en realidad no constituyen otra cosa que verdaderas comunidades. Por eso estimamos preciso para complemento de la noción de la sociedad fijar los caracteres diferenciales que las distinguen.

Diferénciase la sociedad de la comunidad, principalmente: 1.°, por razón de su respectiva naturaleza jurídica; 2.°, por su distinto fundamento; y 3.°, por el fin ú objeto de las mismas.

Distínguese por su naturaleza, porque la comunidad es un estado de hecho ó de derecho, del que nacen derechos y obligaciones previamente establecidos y reglamentados, como sucede cuando varios herederos ó legatarios poseen proindiviso la herencia ó el legado común, ó cuando varios propietarios son due-

(1) *De la société*, núm. 182.

ños de una misma cosa indivisa; y por el contrario, la sociedad es el producto de la convención, y los derechos y obligaciones propios de ella no están preconcebidos ni regulados con anterioridad por la ley, sino que tienen su origen en la voluntad de las partes contratantes.

Por razón de su fundamento se diferencian también en que la sociedad, para existir, requiere la existencia de un contrato, pues, como hemos dicho, es el producto de la voluntad libre de los socios, y por lo tanto, no puede tener origen sin el consentimiento de los mismos, que es su base fundamental y la causa de su constitución. Por el contrario, la comunidad no precisa del contrato ó de la voluntad de los comuneros. No quiere esto decir que la comunidad no pueda resultar de un contrato. El caso á que se refería la sentencia de la casación francesa (1), que hemos citado antes, es prueba evidente de que la comunión puede surgir de la voluntad, pues no hay ningún inconveniente para que, como en el caso citado, dos personas, ó más, puedan convenir en adquirir una misma cosa y poseerla después proindiviso; pero el consentimiento no es elemento indispensable para la existencia de la comunidad, la cual puede consistir en las relaciones jurídicas creadas por un estado de cosas que sea completamente independiente de la voluntad de los comuneros. Por ejemplo, varios herederos poseen proindiviso las cosas hereditarias transmitidas á los mismos por testamento ó abintestato: de esa indivisión surge una comunidad, que si la voluntad de los interesados ó de cualquiera de ellos la puede hacer cesar, no ha contribuído á crearla la voluntad de los mismos. Y es que en este caso, al abrirse la sucesión por la muerte del causante de la herencia, existe ya un estado de cosas creado con anterioridad á la misma, cuyo ejercicio continúa en interés de todos los coherederos, y por lo tanto, no puede decirse que entre ellos se haya constituído y exista sociedad, sino única y exclusivamente una comunidad, porque no han hecho otra cosa que continuar

(1) Sentencia de 22 de Noviembre de 1852.—Dalloz, 1852, pág. 1323.

el estado de cosas dejado por el testador. Así lo ha declarado la casación de Florencia (1), y en este punto no hay discrepancia ni en la jurisprudencia ni entre los tratadistas. Ese carácter contractual es la nota especial y distintiva de la sociedad.

Por el último de los motivos antes indicados, ó sea por su fin ú objeto, distínguense aun más el contrato de sociedad y la noción de la comunidad, pues la idea de la ganancia ó provecho común reportable de las cosas ó de la industria aportada á la sociedad, que ésta se propone como nota esencial, falta en la comunidad, ya sea voluntaria, ya incidental ó accidental, independiente de la voluntad.

Los socios, ha dicho Troplong (2), se asocian para obtener un beneficio, para especular, para acrecentar su fortuna, y por el contrario, los comuneros están en comunidad sin ningún espíritu de lucro, y aun cuando la comunidad no resulte de causa independiente de la voluntad, como el azar, la sucesión ó por ministerio de la ley, sino que exista en virtud de una convención, es siempre sin ningún fin de especulación, y por lo tanto, no puede ser aplicable á la misma el concepto de la sociedad, ni puede estimarse existente ésta.

Es decir, que los socios se constituyen en tal carácter por el contrato de sociedad, siempre con la mente y la aspiración de alcanzar algún provecho ó ganancia, en tanto que los comuneros, voluntarios ó no, no se inspiran en el propósito del lucro nacido del concurso personal de los mismos.

Esa idea de lucro común, ó esa esperanza de la ganancia repartible entre los socios, es lo que más distingue la sociedad de la comunidad, como tenemos ya dicho, y por lo tanto, no es preciso insistir más en ello.

Algunos otros motivos existen por los que pueden diferenciarse la sociedad y la comunidad; pero bastan los expuestos, que son los principales, para no incurrir en el error de confundirlas.

---

(1) Sentencia de ?0 de Julio de 1883 (Racc., XXXVI, 1. 1, 57.)
(2) *Pont.*, pag. 54, núm. 70.

III.—*Inteligencia de los términos de este artículo.*

Con las indicaciones que preceden, podemos entrar ya en el examen del recto sentido de la disposición legal contenida en el presente artículo.

Según él, *la sociedad es un contrato;* y con esta locución están excluídas de dicho concepto todas las comunidades ó asociaciones que no tengan su origen en la convención. Ya hemos explicado la razón jurídica de ello, y, en su virtud, nos basta con exponer la idea.

Como tal contrato, requiere la concurrencia de los elementos necesarios y de los requisitos precisos para la eficacia y validez de todos ellos. Cuanto hemos dicho acerca de éstos, en general, tiene aplicación al especial de sociedad en todo lo que no se halle modificado por las disposiciones del presente título.

Como toda convención, precisa capacidad en los contratantes, consentimiento válido y objeto lícito. Respecto de este último requisito, nos ocuparemos al examinar el siguiente artículo, por ser el lugar apropiado para ello en razón á su precepto. En cuanto á la capacidad, no existiendo disposición alguna prohibitiva ó limitativa respecto de ella en los artículos destinados á regular el contrato de sociedad más que la consignada en el artículo 1677, es evidente que pueden celebrarlo todos aquellos que tienen capacidad para obligarse, excepto, en el caso de sociedad universal, los que tienen prohibición de otorgarse recíprocamente alguna donación ó ventaja, como sucede á los cónyuges durante el matrimonio.

Respecto del consentimiento, nos basta indicar que, constituyendo éste la base esencial y el carácter distintivo de la sociedad, no puede prescindirse de él, debiendo estar libre de todo defecto que le vicie. Sin el consentimiento, no hay sociedad ni se concibe su existencia.

Pothier dice que la sociedad es un contrato consensual que se forma por el sólo consentimiento de las partes contratantes; así

es, que algunos Códigos, y entre ellos el francés (1) y el nuestro (2), consagran, como consecuencia de dicho principio, el precepto de que la sociedad comienza en el momento mismo del contrato, si éste no designa una época distinta.

El consentimiento basta, en efecto, en la generalidad de los casos para que la sociedad exista válidamente á partir de la fecha del mismo; pero cuando se aportan á ella bienes inmuebles, será requisito preciso, para su existencia legal, el otorgamiento de escritura pública, y además, que se haga un inventario de todos ellos, firmado por las partes, que deberá unirse á la escritura, pues de lo contrario será nulo el contrato á pesar del consentimiento. Al examinar los arts. 1667 y 1668, expondremos la razón de estas limitaciones impuestas por el Código al principio de amplia libertad en que se inspiran las disposiciones del mismo, relativas al contrato de sociedad.



Conforme á los términos del artículo que examinamos, no basta el consentimiento de los socios para que exista sociedad, sino que es preciso, además, que los contratantes *se obliguen á poner en común dinero, bienes ó industria*. Con estos términos quedan excluídas también todas aquellas asociaciones en las que, aun cuando son constituídas mediante convención de los asociados, no ponen éstos en común bienes, dinero ni industria, como sucede en las literarias, en las destinadas á algún otro recreo, como las de caza, en las benéficas, en las *cajas rurales* de que antes hemos hecho mención y algunas otras.

Esas aportaciones que los socios deben poner en común constituyen el fondo social. Sin ese fondo social, sin que los socios pongan en común alguna cosa ó se comprometan á ponerla, no hay sociedad. Así lo ha dicho Laurent (3), y del mismo modo lo

(1) V. Art 1843.
(2) V. Art. 1679.
(3) *Principios de Derecho civil francés;* vol. 26, pág. 145.

ha declarado la casación francesa en sentencia de 6 de Abril de 1853 (1).

En el caso resuelto por dicha sentencia, se trataba de una sociedad comanditaria en la que los socios comanditarios no habían aportado ningún valor realizable, sino meramente una obligación, la de soportar las pérdidas que la sociedad pudiera experimentar hasta la suma de 200.000 francos, no habiendo puesto en común uno de los socios colectivos, ni dinero, ni ninguna otra clase de bienes, ni una industria ya existente. Puesta en litigio la existencia legal de dicha sociedad, se decidió que no había tal sociedad por la falta del requisito indicado, pues la garantía constituída por la obligación que contrajeron los comanditarios, á lo sumo, podría constituir un fondo social, reclamable, no al tiempo de la convención ni aun de la constitución de la sociedad, sino cuando ésta hubiera comenzado sus operaciones, puesto que sólo se obligaron á soportar las pérdidas, y hasta entonces no podía haberlas. Es decir, que por parte de ellos, no existía más que un fondo de caja, representado por dicha garantía, que de momento no creaba nada real, ni efecto que fuera puesto en común. En su consecuencia, no había sociedad y la cláusula del acta de su constitución que establecía que aquélla comenzaría desde su fecha, no era más que una ficción, pues no podía tener ejecución alguna, porque en dicha fecha no había nada puesto en común, ni aun siquiera estaba hecha por los socios promesa alguna de aportación.

El art. 1665 de nuestro Código exige en términos imperativos, los cuales deben ser entendidos en sentido restrictivo, que los socios han de obligarse á poner en común *dinero, bienes* ó *industria,* y, por lo tanto, esto es lo único que puede ser objeto de sus respectivas aportaciones.

¿Están excluídos de dichos términos los créditos? Algunos entienden que sí, porque la aportación debe ser, según el espíritu de la ley, una cosa valuable y realizable de momento. Otros

---

(1) Dalloz, 1853, 1, 193

distinguen entre el crédito que llaman político y el real y efectivo, nacido de los derechos del acreedor. En cuanto al primero, consistente en el poder ó la influencia personal que pudiera ser puesta al servicio y en provecho de la sociedad, todos unánimemente le excluyen, censurando que pueda por alguien estimársele como aportación provechosa para la sociedad, considerándolo, por el contrario, opuesto á la honradez y á las buenas costumbres. Laurent, Pothier, Treilhard y Gillet, se expresan respecto de él con gran energía, diciéndose por el último de ellos: «Los romanos reconocían, además de los bienes y de la industria, una tercera especie de aportación, el crédito y el favor *gratiam*. No se pueden escribir estas palabras sin sonrojo más que en los Estados corrompidos, donde se trafica con todo, aun con el poder público.»

Pero tratándose de créditos representativos de una cantidad real y efectiva realizable más ó menos pronto, frutos del trabajo y de la honradez, no hay razón para excluirlos como materia de aportación, si en ello están conformes los socios, puesto que dichos créditos no están fuera del concepto de bienes usado por nuestro Código, el cual ha procedido con evidente acierto al sustituir con dicho término el de *cosa* empleado por algunas legislaciones extranjeras.

A falta de bienes y de dinero, ó en concurrencia con ellos, la ley admite la aportación de la industria, es decir, de una cooperación activa, de un trabajo cualquiera por parte del asociado. Algunos autores entienden que es necesario ese concurso directo del socio industrial, no bastando sólo la garantía que pudiera constituir su nombre ó su reputación. Pelet sostuvo ante el Consejo de Estado la opinión contraria; pero ésta fué sabiamente combatida por Treilhard y Berlier, afirmando que un nombre aislado de todo acto de la persona es una cosa bastante abstracta, mientras que la industria es una cosa positiva, con la cual no puede confundirse. Varios Códigos emplearon la palabra trabajo, dando á entender con ello el esfuerzo personal; pero como aparte de la fuerza material podía ponerse por el socio la

inteligencia, sus conocimientos y práctica en la dirección de los negocios ú operaciones sociales con gran utilidad para la sociedad, por eso el nuestro y otros varios usan en su lugar la palabra industria, que comprende ambos conceptos.

No debe confundirse, sin embargo, el contrato de sociedad en que hay un socio que aporte su trabajo ó industria con la *locación de servicios*, porque, como dice el Sr. Sánchez Román, en el primero de dichos contratos, el socio industrial debe su trabajo por prestación social, pero con cierto carácter independiente y sin subordinación personal á los demás socios, y sólo como obligado respecto de la entidad social; mientras que en el segundo, hay una manifiesta subordinación del que se obliga á ciertos servicios respecto del otro contratante, y además, lo que percibe aquél es en el concepto de *salario* ó *retribución*, y lo que recibe el socio industrial es, por el contrario, en el de *participación* de ganancias que le corresponde por su carácter de socio.

Por la naturaleza de sus respectivas aportaciones, divídense los socios en capitalistas é industriales, siendo los primeros los que llevan al acervo común, ó fondo social, bienes ó dinero, y los segundos los que sólo aportan su industria ó trabajo.

* * *

Pero no basta que exista un contrato y que dos ó más personas se obliguen en él á poner en común dinero, bienes ó industria, sino que, además, es preciso para que exista sociedad, según los términos de este artículo, que esto se haga con ánimo de partir entre sí las ganancias.

En los apartados anteriores de este comentario, hemos dicho ya que la idea de la ganancia que por los socios se espera obtener, es el carácter distintivo de la sociedad y lo que principalmente le diferencia de la comunidad; mas ese beneficio tiene que ser común para todos los socios, y por eso se dice que el ánimo, que la intención de los asociados, sea repartir entre sí el beneficio.

La igualdad de los socios es la ley de la sociedad, y si uno ó

varios de ellos hicieran suyos los beneficios y otros no, la sociedad sería nula y no podría surtir efecto alguno. Así es que el artículo 1691 declara nulo el pacto que excluye á uno ó más socios de toda parte en las ganancias ó en las pérdidas. Esta mancomunidad, sin embargo, no quiere decir que sean iguales las participaciones de los socios en unas y otras, sino que, como veremos más adelante, pueden ser desiguales y aun desproporcionadas á su respectiva aportación.

El artículo que examinamos no habla de la participación de los socios en las pérdidas, limitándose á citar las ganancias. Lo mismo ocurría en el art. 1564 del Proyecto de 1851, y comentándole el ilustre jurisconsulto Goyena, decía que «aunque la expresa voluntad de las partes sea realmente la de hacer y partir ganancias, la hay también *tácita,* y por una consecuencia necesaria, de partir ó soportar los daños», lo que tiene su precedente en la ley 67, tít. 2.º, libro 17 del Digesto.

Entre los tratadistas modernos, unos critican esa omisión y otros la aprueban; pero en realidad, como dice Laurent, este es un debate de pura teoria, porque en el fondo todos los intérpretes están de acuerdo.

Refiriéndose al Código francés, en que también se omite dicho extremo, decía Guillet que el proyecto era más exacto considerando la comunicación de las pérdidas como una simple condición del contrato que no como su objeto. Esta misma consideración es aplicable con relación á nuestro Código, en que de propósito y con todo cuidado se ha omitido en la definición de la sociedad la distribución de las pérdidas, separándose en esto de aquellos que, como el de Portugal y el de Méjico, la consignan expresamente, porque verdaderamente no constituye parte alguna de su objeto, pues nadie se asocia en esta clase de sociedades para soportar pérdidas ó sufrir daño, sino para obtener un beneficio, sino que, como condición lógica y natural del contrato, debe responder de ellas. Por eso la ley ha reservado el precepto correspondiente en que así se ordena para el cap. 2.º, consagrado á las obligaciones de los socios, de cuyo capítulo forma

parte el art. 1689, en el que preceptivamente se dispone que, á falta de pacto en contrario, se distribuirá las pérdidas como las ganancias en proporción á lo que cada socio hubiere aportado, equiparándose para dicho efecto al socio industrial como el capitalista de menor aportación; y en el caso de haberse pactado sólo la parte de cada uno de los socios en la ganancia, será igual la que le corresponda en las pérdidas.

Por lo tanto, aunque en la disposición del artículo objeto actual de nuestro examen se omite la expresión indicada, no debe entenderse por ello que estén exentos de soportar las pérdidas, sino que deben contribuir á ellas todos conjuntamente, como exigen la moral, la equidad y la justicia.

Concordancias.—Este artículo tiene su precedente en nuestro derecho en la ley 1.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, y con él concuerdan, á más del 1832 del Código francés, 2351 del de Méjico, 1240 del de Portugal y 705 del de Alemania, ya citados, los artículos 1655 del de Holanda, 1697 del de Italia, 2079 del de Colombia, 2053 del de Chile, 1175 del de Austria, 1832 del de Bélgica, 1648 del de la República Argentina, 1776 del de Guatemala, 1836 del de Uruguay, 2219 del de la Baja California, 2772 del de la Luisiana, 1734 del napolitano, 1855 del sardo y 1316 del de Vaud.

ARTÍCULO 1666

La sociedad debe tener un objeto lícito, y establecerse en interés común de los socios.

Cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán á los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y, en su defecto, á los de la provincia.

Los antiguos tratadistas decían que el contrato de sociedad ó de compañía, para ser válido, requería la concurrencia de cinco condiciones precisas é indispensables, hasta el punto de que la falta de alguna de ellas privaba de virtualidad y eficacia al mis-

mo. Esas circunstancias eran: 1.ª, que se hiciera la compañía sobre negocio lícito; 2.ª, que los socios juntasen su caudal ó industria para utilidad común; 3.ª, que se guardase entre ellos igualdad proporcional según el mayor ó menor caudal ó industria que cada uno aportara, de modo que fueran iguales, así en la utilidad, como en los daños y expensas; 4.ª, que la suerte puesta en la compañía fuera á pérdidas y ganancias, de modo que estuviesen sujetos á todo y no á una cosa sola; y 5.ª, que se observasen los justos pactos que los socios se impusiesen.

En la moderna doctrina siguen teniendo la misma principal importancia las condiciones de licitud del objeto y de la comunidad del interés de los socios á que se refiere la disposición contenida en el primer párrafo del presente artículo.

En dicho precepto se consigna, en primer lugar, un principio que es común á todos los contratos; el de que hayan de tener un objeto lícito, pues según el art. 1271, no pueden ser materia de ellos las cosas que estén fuera del comercio de los hombres, ó los servicios que fueren contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres. Véase lo que acerca de dicho artículo expusimos al comentarle, pues para evitar repeticiones, omitimos toda consideración sobre ello. Por lo tanto, si, contra lo dispuesto en la prevención legal indicada y en el párrafo 1.º del artículo que examinamos, se constituyese una sociedad con un objeto ilícito ó contrario á las leyes, esa sociedad sería nula con arreglo á lo establecido en el art. 4.º, y ningún efecto podría surtir el contrato celebrado.

La misma doctrina mantenía nuestro antiguo derecho, pues según la ley 2.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, las compañías que fuesen hechas sobre cosa ilícita, *no debían valer* ni podían demandarse los socios unos á otros por razón de los derechos y obligaciones á que estuvieren ligados en virtud de dicho contrato, porque en ese caso, *era írrita la obligación*, como decía en su glosa Gregorio López.

La razón legal de dicho precepto no puede ocultarse á la más somera observación sobre su fundamento, pues el derecho no

puede reconocer más sociedades ni más personas jurídicas que aquellas que se propongan un fin lícito.

Dice Laurent (1), que en los contratos sinalagmáticos, la causa se confunde con el objeto en el sentido de que la causa de la obligación contraída por una de las partes es el objeto de que se aprovecha la otra, ó, como dice nuestro Código en su art. 1274, la causa para cada una de las partes contratantes en los contratos onerosos, es la prestación ó promesa de una cosa ó servicio por la otra; que es lo que ocurre en la sociedad, pues cada socio promete aportar bienes ó industria en interés de todos los demás.

En este sentido dice el autor citado, que en el contrato de sociedad es de evidencia que la causa se confunde con el objeto, y en su virtud, aplicando dicha consideración á nuestro derecho, podemos decir que teniendo la sociedad un objeto, ó causa equivalente, contraria á las leyes ó á la moral, ha de reputarse ilícita con arreglo al art. 1275 del Código civil, y conforme á la prescripción del mismo no puede producir efecto alguno dicho contrato. Este se considera, según la doctrina, como si no existiera, y lo que no existe no puede producir derechos ni obligaciones.

En este punto todos están conformes, pero difieren los tratadistas respecto de la aplicación de dicho principio, principalmente en cuanto á las consecuencias del contrato, en caso de ineficacia por ilicitud del objeto, con relación á las aportaciones sociales y á las utilidades que hubiera podido producir el negocio ó especulación y que hubiese debido percibir la sociedad en el caso de haber subsistido á pesar de la prohibición de la ley.

En cuanto al primero de dichos extremos, si los socios no hubiesen realizado aun su aportación ó no hubieren entrado éstas todavía en la administración social, no habría dificultad alguna, según opinión unánime de los autores, pues en realidad no habría habido un desprendimiento efectivo de su dominio y podrían dejar de hacer dichas aportaciones en el primer caso ó re-

(1) *Principios de Derecho francés*, vol. 26, pág. 156.

tirarlas fácilmente en el segundo. Pero cuando sus aportaciones han ingresado en la administración social y han sido empleadas por la misma en las operaciones propias del objeto de la sociedad, ¿podrán los socios reclamar su devolución ó reintegro del gestor ó administrador que las retenga?

A este propósito se dice: si la sociedad no ha tenido existencia válida; si hay que considerarla como inexistente jurídicamente, no puede surtir efecto alguno en derecho el contrato celebrado; y en tal concepto, ¿cómo puede surgir de él una acción á favor de los socios para reclamar en juicio, de aquel que retiene ó administra el capital social, la cuota que cada uno de ellos aportara?

Largamente discuten sobre ello los autores; pero Ricci (1) resuelve la cuestión con gran claridad, disipando toda duda sobre ello. Según él, el socio que se limita á reclamar la cuota aportada no tiene que recurrir al contrato social para fundar su reclamación ó su acción en juicio. Y en demostración de dicho aserto, añade que el asociado realiza la aportación, y pasa ésta al socio gestor, con el fin de ejercitar aquella industria ó aquella especulación que constituye el objeto de la sociedad, ó, en otros términos, para dar vida á un contrato de sociedad que tiene un objeto reprobado por la ley. Luego no teniendo existencia jurídica dicho contrato, no ha sobrevenido *la causa* para la cual se ponía en común el capital aportado, y por lo tanto, el administrador social que retiene dichas aportaciones será un detentador *sin causa* de cosas de otros, y de aquí que tenga él la obligación de restituirla y derecho para reivindicarla el que entregó su cuota.

No sucede lo mismo respecto de las utilidades obtenidas en el curso de la sociedad, porque ellas no están constituídas ó representadas por cosas que un socio haya aportado, sino que representan el producto de aquella industria, tráfico ó especulación, que constituye el objeto de la sociedad; y por lo tanto,

(1) *Curso teórico práctico de Derecho civil*, vol. IX, pág. 15.

para reclamar la parte correspondiente de dichas utilidades, tendría el socio que fundar su acción en el contrato nulo é ineficaz, porque ese reparto ó distribución de las ganancias es uno de los efectos jurídicos del mismo. En su virtud, considerándose ese contrato *inexistente*, por ser ilícito su objeto, no puede producir la acción necesaria, que había de ser el fundamento de la demanda judicial. A más de esto, resultaría inmoral y antijurídico que la ley permitiera el aprovechamiento de una industria prohibida por la misma.

De aquí la distinción que nuestro Código hace en el párrafo 2.º de este artículo, disponiendo que las utilidades, de ese indebido modo obtenidas, no puedan servir de lucro á los socios, sino que, declarada disuelta la sociedad ilícita, han de destinarse las ganancias necesariamente á los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y en su defecto, á los de la provincia.

Esta es una disposición nueva, sin precedente alguno en nuestro derecho, que ha venido á suplir una evidente deficiencia de la legislación anterior, la cual no prescribía el destino de esas utilidades que negaba á los socios, y que no decía lo que hubiera de hacerse de ellas.

Se destinan las ganancias y no las aportaciones, porque esto resultaría una sanción excesiva y además injusta, pues como hemos visto antes, no hay razón para privar en este caso al socio del capital que aportó siendo muy distintas las circunstancias que concurren en unas y otro.

Nuestro Código no dice si han de devolverse á los socios las aportaciones al disolverse la sociedad ilícita, puesto que sólo habla de la aplicación que debe darse á las ganancias; pero el hecho de no comprenderlas en el destino que determina para éstas, demuestra que por consecuencia de dicha exclusión tiene que estarse á las reglas generales del derecho, y por lo tanto, habrá que reintegrar á los socios de sus respectivas aportaciones Otra cosa sería inmoral, y la ley no podía consentir que quedasen éstas en poder del administrador ó gestor, que se negase

á restituirlas, por negar á los socios la acción para reclamarlas.

Otra cuestión suscitan los tratadistas. En efecto, dicen, estamos conformes en que la sociedad ilícita se repute inexistente por no poder tener existencia jurídica, y en que no surta efectos entre los socios; pero ¿debe suceder lo mismo con relación á los terceros que de buena fe contrataron con ella, ignorando el objeto ilícito de la misma? Algunos sostienen que sería injusto hacer extensiva á éstos la ineficacia de la sociedad, puesto que ellos no tuvieron culpa del vicio de la constitución de la misma, añadiendo que se inferiría notorio agravio á la buena fe con que contrataron los terceros y se les ocasionarían considerables perjuicios. Pero á esto objeta muy fundadamente Ricci que aquí no se trata de una nulidad establecida por la ley en interés de alguna de las partes, exigible solamente por ésta, sino de la inexistencia del contrato por motivo de orden público y que poco monta que los terceros hayan contratado de buena fe, porque ésta, en el caso de existir, no puede dar vida á un contrato que jurídicamente no existe, ni puede hacer que lo que es nulo surta efecto alguno. Podrá, dice, la buena fe del tercero darle el derecho de reclamar una indemnización del socio que con él hubiere contratado; pero no puede invocarla para dar vida á una obligación social que no puede existir no existiendo la sociedad.

Hasta aquí nos hemos ocupado en este comentario del primero de los requisitos á que se refiere el presente artículo, pero éste exige además, para la eficacia de la sociedad, la concurrencia de otro, cual es el que la sociedad se establezca en interés común de los socios.

Este requisito ha sido ya objeto de nuestro estudio al examinar el artículo anterior, y no tenemos que insistir ahora en ello, bastando á nuestro propósito recordar, que precisamente ese interés común es el fundamento del vínculo jurídico que liga á un socio con otro, y que, por lo tanto, afecta á la esencia misma del contrato de sociedad por lo que sin él no existiría. Y en efecto, sin que se halle establecida en interés común; sin que todos los

socios participen de las ganancias y soporten proporcionalmente las pérdidas, no habría sociedad posible; y por eso la ley ha declarado siempre nulo, calificándolo de leonino, el contrato de sociedad en que sólo algunos participen de las ganancias y otros no, ó lo que es lo mismo, que la sociedad constituída por dicho contrato estuviere establecida en interés ó en favor de unos socios, y no de todos ellos.

Concordancias. — Concuerda este artículo literalmente, en cuanto al precepto consignado en el párrafo 1.°, con el párrafo 1.° también del art. 1833 del Código francés y del de Bélgica, con el 1698 del italiano, con el 2352 del mejicano y el 2220 del de la Baja California; y sustancialmente con el 1777 del de Guatemala, el 1655 del de la República Argentina y con el 1242 del portugués.

El Código mejicano, en su art. 2354, establece una regla que viene á resolver la cuestión que hemos indicado al tratar de la restitución ó reintegración á los socios de sus respectivas aportaciones, en el caso de haber de declararse la disolución de la sociedad por ser ilícito su objeto. Según dicho artículo, si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, cada socio tendrá en todo tiempo la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y que se le devuelvan las cosas que hubiere llevado á dicha sociedad.

En cuanto á la disposición contenida en el párrafo 2.° del artículo que examinamos, no sólo es nueva en nuestro derecho, sino que no encontramos ningún precepto análogo ni concordancia alguna en las legislaciones extranjeras.

ARTÍCULO 1667

La sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren á ella bienes inmuebles ó derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.

ARTÍCULO 1668

Es nulo el contrato de sociedad, siempre que se

aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse á la escritura.

Estos dos artículos se complementan y requieren un comentario común.

En nuestro antiguo derecho era considerada la sociedad civil como un contrato consensual que se perfeccionaba, por lo tanto, con el simple consentimiento de las partes, y en su virtud no era preciso, por la razón indicada, que dicho contrato se elevase á escritura pública, ni se estimaba necesaria la concurrencia de ningún otro requisito para que el mismo surtiera sus naturales efectos, siendo aplicable á dicho contrato, sin género alguno de duda, el precepto de la ley 1.ª, tít. 10, libro 10 de la Novísima Recopilación, según el que, de cualquier manera que apareciera que una persona quiso obligarse, quedaba obligada.

Conforme con dicho criterio, el proyecto de 1851 no exigió, como condición precisa en todo caso, el otorgamiento de la escritura social, sino única y exclusivamente en aquéllos en que era necesario según el núm. 3.º del art. 1003 de dicho proyecto, como puede verse por el art. 1565 del mismo, el cual se limitaba á declarar nula la sociedad siempre que se aportasen bienes si no se hacía un inventario ó estado firmado por las partes, que debería unirse á la escritura cuando ésta fuese *necesaria*.

No expresaba dicho artículo cuándo era preciso el otorgamiento de la escritura, pero según el comentador del citado proyecto, se refería su precepto al art. 1003 antes citado, estimándolo como un requisito conveniente para la eficacia y utilidad de la prueba.

El Código francés, en su art. 1834, exige que todo contrato de sociedad se reduzca á escritura cuando su objeto sea de un valor superior á 150 francos; pero la razón de esta exigencia no depende de la naturaleza especial de dicho contrato, sino de la necesidad de la prueba, pues pasando de dicha suma no admite aquella legislación la prueba de testigos.

El Código mejicano declara también la nulidad de la sociedad cuando, consistiendo en bienes, no se hiciere un inventario de éstos que, firmado por las partes, debe unirse á la escritura cuando ésta fuere necesaria (1), imponiendo como preciso su otorgamiento siempre que el objeto de la sociedad ó su capital excediese en valor de 300 pesos (2), hasta el punto de que su falta implica la nulidad del contrato (3), sin perjuicio de la facultad establecida en el art. 2354 á favor de los socios, para pedir en todo tiempo la liquidación de las operaciones anteriores, y que se le devuelva lo que hubiere aportado cuando de hecho se formare una sociedad que no pueda subsistir legítimamente, como sucedería si faltase el requisito indicado, siendo su objeto ó su capital superior á 300 pesetas.

Del mismo modo exigieron el otorgamiento de escritura, cuando el capital social pasara de cierta cantidad, aquellas otras legislaciones que impusieron limitación á la prueba testifical. Otras, como la italiana, no establecen forma alguna especial para la constitución de la sociedad civil, y por lo tanto, no puede imponerse á los contrayentes ninguna condición determinada. Sin embargo, como en dicha legislación no puede admitirse la prueba testifical cuando las convenciones del contrato superen al valor de 500 liras, y como todo contrato que tenga por objeto la transferencia ó transmisión del dominio sobre bienes inmuebles, ha de ser hecho por escritura, bajo pena de nulidad, resulta que, tanto para la prueba de la existencia de la sociedad en el primer caso, como para la debida constancia del consentimiento de los socios en el segundo, será necesaria dicha escritura, viniendo á estar limitada por esta imperiosa necesidad la amplitud del precepto relativo á libertad en la forma de su constitución.

La de la Luisiana restringió dicha necesidad á las socieda-

(1) Art. 2356

(2) Art. 2357.

(3) Art. 2358.

des universales (1), y á las particulares cuando alguna parte del fondo social consistiese en inmuebles (2). Algunos otros ejemplos pudiéramos citar, en que la condición inmueble de los bienes aportados al fondo social impone como requisito preciso el otorgamiento de la escritura pública.

En cuanto á la necesidad de la formación de inventario ó de estado expresivo de los bienes que se aporten á la sociedad, á más del precedente indicado ya del Código mejicano, podemos citar el del art. 1178 del austriaco, que declara nulo el contrato de sociedad «cuando no se detallan ó inventarían los bienes que se han de aportar».

Con estos antecedentes, los autores de nuestro Código civil no podían prescindir de dar solución á las cuestiones suscitadas respecto á la forma de constitución de la sociedad, y si bien se inspiraron, como hemos dicho ya en otra ocasión, en el más amplio espíritu de libertad para facilitar el desarrollo de esta institución, tan necesaria en la vida moderna, no pudieron por menos que establecer las limitaciones consignadas en los dos artículos que examinamos respecto de las sociedades en que se aportaren bienes inmuebles ó derechos reales, exigiendo en dicho caso el requisito de la pública escritura, no como una necesidad impuesta para los efectos probatorios, según resulta en las legislaciones francesa, italiana y mejicana, sino para poner de acuerdo el precepto del art. 1667, en que se concede la libertad en la forma de la constitución de la sociedad con otros anteriores del Código y con las prescripciones de la legislación hipotecaria.

Hemos dicho que el requisito del otorgamiento de la escritura pública, en el caso del art. 1667 de nuestro Código, no obedece á una exigencia de la prueba, y para convencerse de ello basta tener en cuenta que, tanto dicho Código como la ley de Enjuiciamiento civil, no imponen limitación alguna á los demás

(1) Art. 1805 del Código civil.
(2) Art. 1807 el Código civil.

medios probatorios para la justificación de la existencia de la sociedad en caso de ser controvertido ó puesto en duda dicho extremo, no pudiendo considerarse como tal la disposición contenida en el art. 1248 de aquél. Por lo tanto, si la exclusión hecha en las legislaciones mencionadas antes respecto de la prueba testifical para la justificación de los asuntos cuyo valor pasase de la cuantía de 150 francos, 500 liras ó 300 pesos, respectivamente, pudo imponer para sólo efectos probatorios la necesidad de escritura pública en la constitución de la sociedad cuando el objeto ó capital social excedía de dichos tipos; no existía el mismo motivo para imponer igual precepto en nuestro derecho, incurriendo sin necesidad en una contradicción flagrante con los principios que informan en el mismo la materia relativa á la constitución del contrato de sociedad.

La razón, en efecto, ha sido otra y la hemos dicho ya. El artículo 1280 del expresado Código establece en su número primero, de una manera absoluta y categórica, que deberán constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, y puesto que tanto en la sociedad universal como en la particular, cuando tienen por objeto bienes inmuebles, sufren las alteraciones indicadas el dominio de los mismos ó los derechos reales correspondientes á él, según veremos más adelante, necesario era poner esa restricción al principio de libertad citado para que fuese eficaz el contrato celebrado.

Además, la ley Hipotecaria exige, para que puedan surtir efecto en perjuicio de tercero tales actos, la inscripción en el Registro de la propiedad, y para ello es requisito preciso la existencia de título inscribible, cuyo título es la escritura de constitución de la sociedad en el caso mencionado.

Resulta, pues, que con la disposición del art. 1667 del Código no se ha hecho otra cosa que poner en armonía la libertad concedida en el mismo con prescripciones anteriores de dicho Código y de la legislación hipotecaria.

No existe en ello la contradicción que un expositor dice, pues si bien el art. 1258 dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes contrayentes, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley, es lo cierto que cuando ésta exige el otorgamiento de escritura ú otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de los mismos, es indispensable el cumplimiento de dicho requisito para surtir efecto en cuanto á tercero, pudiendo los contratantes compelerse recíprocamente á llenar dicha formalidad, según el art. 1279, desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez. Véase lo que dijimos al comentar dichos artículos, remitiéndonos á ello ahora como ampliación de lo expuesto para evitar innecesarias repeticiones. La disposición del art. 1667 se halla, por lo tanto, sobradamente justificada por la propia naturaleza de los bienes y derechos aportados, en el caso á que el mismo se refiere, y por las disposiciones generales que regulan dichos bienes y derechos.

La sentencia de 7 de Febrero de 1905, refiriéndose á un contrato privado calificado de sociedad para denunciar, adquirir, comprar, arrendar y explotar minas, declara que, conforme al art. 1667, subordinado al 1278, no es necesario el otorgamiento de escritura pública para su validez.

Aplica esta sentencia la regla general expresamente consignada en el art. 1667, sin ocuparse, por no ser procedente, de la excepción referente al caso de aportarse á la sociedad bienes inmuebles, único en el cual estima necesario ese artículo el otorgamiento de escritura pública.

El art. 1668 es el complemento del anterior, pues de nada serviría el otorgamiento de la escritura de sociedad si se omitiese el inventario de los inmuebles aportados, porque sin su expresión y descripción no podrían ser objeto de inscripción en el Registro, y su aportación no podría perjudicar á tercero, con lo que quedarían evidentemente defraudados los que contratasen

con la sociedad en la creencia de la eficacia de la garantía que aquélla pudiera constituir. Y dada la importancia é interés que entraña la obligación impuesta respecto de la formación del inventario indicado, resulta igualmente justificada la sanción establecida para asegurar su cumplimiento, declarando la nulidad del contrato por la falta de dicho requisito.

La doctrina consignada en los artículos que examinamos se halla sancionada por el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de Mayo de 1894 y 2 de Diciembre de 1902.

Concordancias.—El art. 1667 concuerda con el 1779 del Código de Guatemala, el cual exige que toda compañía debe constituirse por escrito, siempre que exceda de 500 pesetas su capital; con el 1662 del de la República Argentina, y el 1241 del de Portugal, los cuales admiten para la constitución de las sociedades, no sólo el pacto expreso, sino hasta las deducciones de su existencia por hechos que no determinan.

El 1668 concuerda á su vez con el art. 2356 del Código de Méjico y el 2224 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1669

No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas á la comunidad de bienes.

Este artículo, como el anterior, no tiene precedente alguno en nuestra legislación civil, y desde luego no ha de encontrar impugnación alguna su precepto, pues la disposición consignada en el mismo es perfectamente racional y se halla inspirada en un plausible espíritu de justicia.

En las nociones generales que expusimos como antecedente necesario para el estudio de las disposiciones contenidas en el presente título del Código, indicamos ya que uno de los princi-

pios en que descansa la doctrina del mismo, relativa á la constitución de las sociedades civiles, es el de la publicidad de sus pactos, á fin de que éstos sean conocidos por todos los asociados.

Esa publicidad que la ley quiere, no debe entenderse en el sentido de que tal amplitud se dé á la misma, que puedan ser conocidas las estipulaciones del contrato social por todas las personas que contraten con la sociedad, pues esto sería contrario á la facultad concedida á los contrayentes para celebrar el contrato en cualquiera forma, con la única limitación de la necesidad de la escritura pública cuando se aporten á la sociedad bienes inmuebles ó derechos reales, y de la formación en su caso del inventario que previene el art. 1668. Por eso no exige la ley la inscripción de la sociedad civil en el oportuno registro, como lo requiere respecto de las sociedades mercantiles.

El concepto de dicha publicidad es muy distinto, pues se refiere tan sólo á los socios. Explicando su fundamento un autor, dice: «Produciendo la creación de la sociedad el efecto principal de dar nacimiento á una entidad jurídica, distinta de las personas de los socios y con capacidad independiente de la de éstos, no cabe, ni es lícito, ni el Código lo consiente, que los pactos se mantengan secretos entre ellos, ni que cada uno contrate en su propio nombre con los terceros.»

Es, pues, una razón de moralidad y una consecuencia natural de la igual que debe existir entre los socios lo que impone la necesidad de la publicidad, ó mejor dicho, el conocimiento por los mismos de los pactos de la sociedad, y la prohibición de que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros, con lo que podría defraudarse, en interés particular, los derechos de la sociedad misma y de los demás asociados. Y para conseguir el cumplimiento de ese deber, evitando á la vez los perjuicios indicados, impone este artículo la conveniente sanción, privando fundadamente de personalidad jurídica á las sociedades que incurrieren en dicha falta.

La declaración hecha en el párrafo 2.° de este artículo, es

una consecuencia lógica del precepto consignado en el primero, pues si con arreglo á él no tienen personalidad jurídica las sociedades que adolecen de ese defecto; si no existen legalmente y no son eficaces por ser contrarias á la moral y á los buenos principios, claro y evidente resulta que no pueden regirse por las prescripciones que regulan la sociedad civil, por no tener existencia válida, y en tal concepto, no existe más que la comunidad de intereses de los socios y de las cosas aportadas por los mismos. Por eso se han de regir por las disposiciones relativas á la comunidad de bienes.

La prescripción de este artículo se halla establecida en favor de los terceros, y no puede invocarse por los socios para eludir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, á tenor de esos mismos pactos mantenidos en secreto entre ellos. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de Diciembre de 1902, con lo que no se ha hecho otra cosa más que ratificar la antigua jurisprudencia, que prohibía aprovecharse de la nulidad el que hubiere dado causa á ella.

Si bien la ley procura impedir, por la sanción establecida en el artículo que examinamos, los pactos secretos entre los socios, no debe entenderse por ello prohibido en absoluto el que éstos puedan, después de la constitución de la sociedad ó antes de la misma, establecer entre sí los que tengan por conveniente, siempre que no sean nulos dichos pactos, ni se hallen establecidos en perjuicio de la sociedad ó de los demás socios. Por el contrario, reconocida tiene la legitimidad de dichos pactos el Tribunal antes citado en sentencia de 16 de Febrero de 1901.

En efecto; otorgada la escritura de constitución de cierta sociedad, dos socios de ella pactaron después por medio de distinta escritura, que uno de ellos aseguraba al otro contratante las pérdidas que pudiera experimentar el capital aportado por éste, y además le garantizaba una ganancia fija por vía de interés de dicho capital. Impugnada en juicio la validez de esta segunda escritura, que constituía un pacto secreto entre los socios que la otorgaron, el Juzgado de Almería la declaró nula, siendo

confirmada dicha resolución por la Audiencia; pero interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo dió lugar á él y casó dicha sentencia, fundándose para ello en que «no hay disposición legal alguna que prohiba á los socios, sólo por serlo de una sociedad determinada, pactar luego entre sí como lo tengan por conveniente, cuando estos pactos no sean nulos ni afecten en nada sustancial á la escritura de constitución de sociedad, y pueda subsistir ésta íntegramente con independencia de los referidos pactos».

La doctrina establecida en la sentencia citada, ha venido á hacer ya imposible é inoportunas las cuestiones que sostenían los antiguos tratadistas acerca del contrato llamado trino por los mismos.

Reducíase éste á un contrato de compañía regular á pérdidas y ganancias, al que se agregaba un pacto de aseguración del capital en virtud de renuncia de parte del lucro, y otro de aseguración del mismo lucro, sacrificando otra parte de él para afianzar el resto.

Un ejemplo harto frecuente nos dará una idea clara y precisa de dicho contrato. Dos personas convienen en formar compañía para determinado fin, poniendo una de ellas el capital y la otra su industria, y estableciendo como regla de la misma, que las ganancias se partirían por mitad. Hasta aquí el convenio celebrado nada tiene de extraño y constituye el contrato de sociedad llano, lícito, puro é igual para los socios; pero después de esto, ocurría que calculándose prudencialmente por los asociados las utilidades ó ganancias del negocio en una cantidad determinada, el socio capitalista se conformaba con perder una parte de dichas ganancias á cambio de que el consocio se obligase á asegurarle el capital, contentándose, por ejemplo, con los dos tercios de su participación en los beneficios y cediéndole el tercio restante de lo que le correspondería ganar arriesgando el capital aportado, y convenido en ello los socios, se estipulaba que en el caso de haber ganancias había de percibir el socio capitalista los dos tercios de su mitad ó la participación fijada,

y en caso de no haberlas, obligado estaba el consocio á devolver el capital. Este era el pacto que en la práctica se llamaba de *aseguración del capital con pérdida de alguna parte del interés.*

Asegurado así el capital, solía también ocurrir que el capitalista pretendiese asegurar el interés probable representado por la participación que le quedara en los beneficios, proponiendo al consocio que si éste le abonase, por ejemplo, la cantidad correspondiente á una de las dos terceras partes que por el pacto anterior se reservara de su mitad de ganancias, le cedería la restante, y convenidos en esto, se establecía el pacto correspondiente por virtud del que se obligaba el socio industrial á satisfacer al capitalista la cantidad que se hubiere fijado como equivalente al tercio reservado de las utilidades, y con abonárselas y devolver el capital íntegro á la disoluciòn de la sociedad, quedaba dueño de todas las utilidades restantes de la misma. Este era el pacto que se decía de *aseguración del lucro cierto renunciando al incierto*, y mediante dichas combinaciones se formaba el *contrato trino;* pero es de advertir que para que se reputase como tal, no era necesario que en la escritura de constitución de la sociedad se individualizaran en la forma expuesta todos los pactos que hemos dicho le constituían, pues bastaba para que se le considerase así que del contrato celebrado apareciera ser éste el espíritu y el objeto de la obligación que se contraía.

El ejemplo que hemos citado para el caso en que la sociedad se constituyese con socio capitalista é industrial, tiene igualmente aplicación cuando fuera formado por socios que todos aportasen capital en cantidad igual ó distinta y uno ó varios de ellos tomasen á su cargo el aseguramiento del capital y del interés de las aportaciones de los restantes ó de alguno de ellos.

Acerca de la validez de dicho contrato discutían los autores y los moralistas, estimando unos que no era lícito por lo que respecta al que recibía el capital cuando la ganancia esperada la juzgase *cierta* y *segura;* en cuyo caso, decían, que como no había riesgo alguno que soportar, no había motivo en que fun-

dar la rebaja pactada en la participación de beneficios y debía satisfacerse íntegra dicha participación al que aportaba el capital. Pero desde luego se comprende que rara vez podría haber esa certeza y seguridad del lucro en los términos supuestos para considerar ilícita ó contraria á la moral la rebaja mencionada, que estaba compensada con el aseguramiento del capital y del interés.

Además, de los términos del ejemplo expuesto, claramente se deduce que mediante las combinaciones que constituyen el contrato trino, el de compañía ó sociedad venía, en último resultado, á convertirse en un mutuo ó préstamo con interés, por cuya razón la opinión más común lo consideraba lícito, sobre todo cuando el interés fijado no traspasaba los límites de lo permitido en aquellos tiempos en que regía la tasa del interés para convertirse en usura.

En la actualidad dichas cuestiones están fuera de lugar y carecen de aplicación ó de oportunidad, no sólo por la libertad de contratación admitida por nuestras leyes, sino también por la doctrina sentada por la jurisprudencia, que ha venido á considerar que no constituyen pacto secreto ni prohibido para los socios las estipulaciones que los mismos convinieren entre sí, con independencia de la vida social para el aseguramiento del capital aportado ó del beneficio correspondiente al mismo.

ARTÍCULO 1670

Las sociedades civiles, por el objeto á que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, le serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan á las del presente Código.

En este artículo se eleva á precepto escrito lo que era práctica establecida de antiguo y con repetición admitida por la jurisprudencia.

Por razón de su naturaleza, clasifícanse los contratos de so-

ciedad en civiles y mercantiles, según la legislación que les rija; y aunque es censurada por algunos esta distinción, que consideran contraria á la esencia del contrato indicado, ya se atienda á la intención de las partes, ya á la clase y circunstancias de las operaciones á que la sociedad haya de dedicarse, es lo cierto que, existiendo en el Derecho español legislaciones distintas para los contratos mercantiles y para los civiles, hay que hacer separación de ellos, considerando aplicables tan sólo á los segundos las prescripciones del Código civil, y sujetos los primeros á las disposiciones del Código de Comercio.

Sin embargo, á pesar de esa distinción, autoriza el Código en el artículo citado que las sociedades que sean puramente civiles por razón de su objeto, puedan revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio para las mercantiles, en cuyo caso han de serles aplicables las disposiciones de éste, en cuanto no se opongan á las de la legislación civil.

Constituyendo este artículo una disposición de referencia á las prescripciones del Código de Comercio, relativas á las formas que pueden revestir las compañías mercantiles, según el mismo, hemos de limitarnos á remitir á nuestros lectores á los preceptos respectivos del tít. 1.º del libro 2.º de dicho Código, y especialmente á los de las secciones 2.ª, 3.ª y 4.ª del indicado título, en los que encontrarán las reglas que rigen la constitución de las sociedades en cada una de dichas formas, bastando á nuestro objeto exponer tan sólo que en general las compañías citadas se constituyen adoptando alguna de las tres conocidas con los nombres de *regular colectiva*, *comanditaria* y *anónima*.

Es la primera de éstas aquella en que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen á participar, en la participación que establezcan, de los mismos derechos y obligaciones. Denomínase comanditaria la sociedad en que uno ó varios sujetos aportan capital determinado al fondo común para estar á las resultas de las operaciones sociales dirigidas exclusivamente por otros con nombre colectivo. Y por último, es sociedad anónima aquella en que, formando el fondo

común los asociados por partes ó porciones ciertas, figuradas por acciones ó de otra manera indubitada, encargan su manejo á mandatarios ó administradores amovibles que representen á la compañía bajo una denominación apropiada al objeto ó empresa á que destine sus fondos (1).

Aunque la definición que queda consignada de cada una de las tres formas bajo las que pueden constituirse las sociedades, determina con la suficiente claridad el concepto de las mismas, así como sus efectos jurídicos, pueden consultarse, para el mayor esclarecimiento de dicho extremo, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en 29 de Diciembre de 1860, 4 de Diciembre de 1863, 14 de Octubre de 1864, 12 de Mayo de 1866, 13 de Abril de 1867, 25 de Febrero de 1869, 30 de Noviembre de 1871, 26 de Noviembre de 1874, 8 de Enero de 1881 y 20 de Junio del mismo año.

Concuerda el que examinamos con el art. 2365 del Código de Méjico, con el 2233 del de la Baja California y con algunos otros.

ARTÍCULO 1671

La sociedad es universal ó particular.

La ley 3.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, estableció ya la división consignada en este artículo, distinguiendo las sociedades universales de las particulares. El proyecto de Código de 1851 consignaba igual precepto en su art. 1566, y casi todas las legislaciones extranjeras nos presentan la misma distinción.

Según queda consignado en el comentario anterior, el contrato de sociedad se clasifica y distingue por razón de su *naturaleza* y de su *extensión*. Por el primero de dichos conceptos, divídese en civil y mercantil, atendiendo, ya á la legislación que le rige, ya á la intención de las partes, ya á la naturaleza de las operaciones á que la sociedad haya de dedicarse, ó al fin perseguido

(1) Artículo 122 del Código de Comercio.

por la misma, que es entre los citados motivos alegados como fudamento de dicha distinción, el que consideramos más racional y científico. Pero ahora no nos ocupamos de la sociedad bajo este aspecto, sino con relación á su *extensión*, y por lo tanto, prescindiendo de otras consideraciones, hemos de limitar nuestro examen á este concepto.

Con arreglo al mismo, el antiguo derecho dividía las sociedades en universales, generales y particulares, entendiendo por sociedad universal la que los socios constituían sometiendo á la misma todos sus bienes presentes y futuros, los cuales se reputaban sometidos á la sociedad, aunque no se mencionasen expresamente, bastando para ello tan sólo con decir que se constituía con todos los bienes de los contratantes, y se consideraban incluídos en ellos hasta los procedentes de herencias de los socios en determinadas condiciones (1). Se llamaba sociedad general, según dicha legislación, la que tenía por objeto hacer comunes todas las ganancias que los socios adquiriesen por cualquier producto de sus bienes ó su industria, pero sin someter á la sociedad la propiedad de dichos bienes, ni dejar de regirlos personalmente (2). Y por último, era sociedad particular la que se limitaba á bienes ó negocios determinados (3).

En la actualidad, según veremos al examinar los artículos siguientes, la sociedad general es una modalidad de la universal, y por eso reduce el Código la clasificación á los dos términos indicados de universal y particular.

Esta distinción hecha como fundamental, y lo mismo las variedades que dentro de la sociedad universal admite el art. 1672, tienen después su natural desenvolvimiento, porque la consecuencia principal de la clasificación hecha, consiste en la determinación de los efectos jurídicos que cada una de dichas clases de sociedades ha de producir; y por eso dejamos para su lugar oportuno la determinación y explicación de dichos efectos para

(1) Véanse las leyes 3.ª y 6.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª
(2 Véase la ley 7.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª
(3) Véase la misma ley antes citada.

no incurrir en repeticiones que darían una indebida y mayor extensión á nuestras indicaciones.

Al limitar nuestro Código á dos las clases de sociedades, según su extensión, ha seguido el ejemplo del francés, el cual establece el mismo precepto en su art. 1835, admitiendo también en el siguiente dos variedades en la universal, ó sean las de todos los bienes presentes y la de ganancias.

El Código alemán, que es bastante parco en sus disposiciones respecto del contrato de sociedad, no contiene prescripción alguna respecto á la clasificación de las sociedades por razón de su extensión; pero implícitamente admite las dos clases citadas al establecer las reglas para la liquidación.

El Código italiano consigna la misma distinción que el nuestro, pues su art. 1699 sólo admite dos especies de sociedades, la universal y la particular.

Explicando dicho artículo Ricci (1), dice que la diferencia que existe entre una y otra de las especies citadas, se encuentra en el objeto que constituye el fin de cada sociedad, añadiendo que cuando el objeto de ella es particular ó determinado, como sería, por ejemplo, la construcción de una obra ó el ejercicio de una industria ó profesión, la sociedad se llama particular, y por el contrario, cuando dicho objeto no está limitado á una cosa en particular, sino que abarca todos ó gran parte de los ya indicados, cualquiera de los cuales pudiera formar el objeto de otra, entonces será universal. Pero por la mera lectura de los artículos 1673, 1675 y 1678 de nuestro Código, se comprende que es mucho más claro, más preciso y más completo el concepto de dichas sociedades consignado en el mismo.

El de Méjico divide también las sociedades civiles en universales y particulares (2), y concuerda además el artículo que comentamos con el 1657 del de Holanda, el 2797 del de la Luisiana, el 1707 del napolitano, el 1857 del Sardo, el 1317 del de

---

(1) *Curso teórico-práctico del Derecho civil,* vol. IX, pág. 19.
(2) Art. 2369.

Vaud, el 1835 del de Bélgica, el 1840 del de Bolivia, el 2010 del de Veracruz-Llave, el 1781 del de Guatemala, y el 2237 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1672

La sociedad universal puede ser de todos los bienes presentes, ó de todas las ganancias.

La distinción que en este artículo se hace entre la sociedad universal de bienes y la de ganancias, tiene sus precedentes, no sólo en nuestro antiguo derecho, sino también en el romano, en el que se reconocía la sociedad universal de todos los bienes, que comprendía, tanto los presentes como los futuros, aun cuando procedieran de donación, herencia ó legado (1). Había otra sociedad universal ó *general* de ganancias, por la que sólo se comunicaban éstas entre los socios, y de ningun modo los bienes presentes ni aun los futuros que se adquiriesen por los tres títulos antes citados.

Las leyes de Partidas adoptaron esas dos clases de sociedades, y la ley 6.ª del tít. 10 de la Partida 5.ª, menciona dichas dos maneras de constituirse, siendo de observar que por la ley citada se declaraba que en la primera de ellas entraban todos los bienes presentes y futuros de los socios, fuera cualquiera el título de adquisición, á no ser que hubieren sido donados ó legados al socio con la condición de que fueran excluídos de la universalidad. A su vez, la ley 7.ª del mismo título y Partida, declaraba que la simple constitución de una sociedad sin determinarse la naturaleza y las condiciones por las que había de regirse, se entendería que era sólo de ganancias adquiridas por la industria

Ya hemos dicho, al ocuparnos del artículo anterior, que la sociedad general, considerada en nuestro antiguo derecho como especie distinta de la universal, ha pasado á ser una modalidad

(1) Leyes 1.ª, párrafos 1.°, 2.°, 3.° y 75, tít. 2.°, libro 17 del Digesto.

ó variedad de la universal en el Código civil, el cual ha seguido en este punto el mismo criterio adoptado por los de Francia, Italia, Holanda y demás citados en el anterior comentario.

En qué consistan la sociedad universal de bienes y la de ganancias, así como los efectos de las mismas, lo veremos al examinar los arts. 1673, 1674 y 1675, y á dicha ocasión nos remitimos; pero no podemos prescindir ahora de hacer constar la modificación que la antigua sociedad universal de bienes ha experimentado por los términos del precepto legal, que es objeto de nuestro actual estudio, ampliados y confirmados por el art. 1674 en su última parte, pues ese novedad introducida en nuestro antiguo derecho, es una de las más importantes reformas que registramos en el presente título.

En efecto; lo mismo en la legislación romana que en el Derecho general de Castilla anterior al Código, la sociedad universal de bienes comprendía, como hemos indicado al principio de este comentario, no sólo los bienes presentes, sino también los futuros cualquiera que fuese el título de su procedencia, sin más excepción que la establecida en la ley 6.ª, título 10 de la Partida 5.ª, comprendiendo entre ellos, como puede verse por la ley 9.ª del mismo título y Partida, los que pudieran adquirirse por herencia de personas no determinadas, cuya muerte no se hubiese realizado y se ignorase cuándo habría de abrirse la sucesión, siendo válidos también hasta los pactos sucesorios entre los socios aunque se refiriesen á la sucesión de persona determinada, siempre que ésta consintiera y no retirara su consentimiento antes de la muerte. Y por el contrario, en la actualidad, sólo deben ser objeto de dicha clase de sociedad, los bienes *presentes,* no pudiendo comprenderse en ella, según precepto terminante del art. 1674 antes citado, los que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado ó donación, aunque sí sus frutos.

Esta reforma introducida en nuestra antigua legislación, aunque ha sido criticada por un expositor del derecho vigente, resulta perfectamente lógica y congruente con el criterio en que

se inspiró el art. 1271 del Código, pues prohibido por él todo contrato sobre la herencia futura, que no sea el que tenga por objeto practicar entre vivos la división del caudal, conforme al artículo 1056, resultaría una notoria inconsecuencia el que pudiera contratarse sobre los bienes futuros de dicha procedencia, sometiéndolos á las vicisitudes de la sociedad, y transmitiendo su dominio á la propiedad común de los socios, que es el efecto de su aportación á dicha clase. Además, si la herencia futura no puede hipotecarse por prohibirlo la ley Hipotecaria en el número 5.º de su art. 108, con menos motivo podrá transferirse la propiedad de la misma en favor de la sociedad. Por estas razones, entendemos que es más jurídica la solución dada á esta cuestión por el vigente Código.

Se ha discutido bastante entre los tratadistas acerca de la conveniencia de la sociedad universal, cuya existencia no está admitida en algunos Códigos, y en otros sólo con determinadas restricciones; pero una vez reconocida la posibilidad de la donación de todos los bienes, y regulada la misma en el derecho positivo, no era posible prohibir que se pusieran en común por sus dueños para constituir la sociedad universal que tan antiguo abolengo tenía en nuestra legislación, y la única limitación que para ello ha impuesto la ley, es la que veremos al estudiar el artículo 1677, según el que no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas á quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación.

El Código francés, en su art. 1836, establece igual precepto que el nuestro, limitando también á los presentes la sociedad universal de bienes. Idéntica disposición consignan el Código italiano, en su art. 1700, el portugués en el 1243, y el mejicano en el 2370; concordando, además, el que examinamos con el 1708 del napolitano, el 1858 del Sardo, el 2800 y 2801 del de la Luisiana, el 1836 del de Bélgica, el 1782 del de Guatemala, el 2011 del de Veracruz-Llave, el 1841 del de Bolivia, el 2238 del de la Baja California, y el 2370 del de Campeche.

El 1841 del del Uruguay prohibe toda sociedad á título uni-

versal, excepto la de los esposos. El mismo precepto contienen el Código de Colombia en su art. 2082, y el chileno en el 2056, consignando, sin embargo, que podrán ponerse en sociedad cuantos bienes se quieran, pero especificándolos.

El art. 1651 del de la República Argentina prohibe toda sociedad universal, á no ser que se refiera á ciertos y determinados negocios; y, por último, el art. 1658 del de Holanda dice que la ley no reconoce más sociedad universal que la de ganancias.

ARTÍCULO 1673

La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en común todos los que actualmente les pertenecen, con ánimo de partirlos entre sí, como igualmente todas las ganancias que adquieran con ellos.

ARTÍCULO 1674

En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan á ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían á cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos.

Puede también pactarse en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado ó donación, aunque sí sus frutos.

ARTÍCULO 1675

La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria ó trabajo mientras dure la sociedad.

Los bienes muebles ó inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo á la sociedad el usufructo.

Estos tres artículos definen con toda precisión las dos diversas modalidades que puede revestir la sociedad universal, y de-

terminan á la vez los efectos jurídicos de su respectiva constitución, dando origen, por el enlace de sus preceptos, á la noción exacta de dicha clase de sociedad. Por eso los hemos agrupado para su debido comentario.

Las disposiciones de los artículos citados son tan claras, y tan conformes se hallan con los principios generales del derecho, que ninguna dificultad puede ofrecer su inteligencia después de las indicaciones que tenemos ya hechas acerca de la materia de sociedades.

Según dice el art. 1672, la sociedad universal puede ser de todos los bienes ó de todas las ganancias.

En el primero de dichos casos se ponen en común los bienes de los socios para obtener de ellos, en beneficio de todos, durante la sociedad el provecho que los mismos deban producir, para partirlos entre sí juntamente con las ganancias.

En el segundo, sólo aportan los asociados su industria ó su trabajo, para repartir las utilidades obtenidas mediante ellos, juntamente con el usufructo de sus bienes muebles ó inmuebles.

En la sociedad universal de bienes, el socio lleva á ella todos los que posee al tiempo de la constitución de la misma desprendiéndose de su dominio, toda vez que es condición inherente al contrato que se lleve á efecto la aportación *con ánimo de partirlos entre sí.* Por eso el Código ha limitado dicha aportación á los bienes presentes, modificando con ello la legislación anterior.

Esta condición del reparto de los bienes aportados, viene á ampliar en cierto modo el concepto de la sociedad que se desprende de la definición consignada en el art. 1665, puesto que se ponen en común esos bienes, no sólo para distribuir las ganancias producidas por ellos, ó mediante ellos, sino también para repartirlos entre los socios, constituyendo la aportación una verdadera donación ó cesión porque, según preceptúa el art. 1674, pasan á ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían á cada uno de ellos, si bien la distribución y adjudicación de sus respectivas porciones ó de la parte correspondiente del

precio obtenido en su venta, caso de enajenación, no ha de llevarse á efecto hasta la extinción de la sociedad.

Por el contrario: en la de ganancias, se mantiene la propiedad particular del socio respecto de todos los bienes muebles é inmuebles que le pertenezcan ó que posea al tiempo de la celebración del contrato, y no existe desprendimiento de su dominio, pues si bien los demás asociados tienen derecho sobre ellos mientras dura la sociedad, es tan sólo al usufructo, y por lo tanto no hay que partir dichos bienes á la disolución, porque el indicado usufructo se extingue con la sociedad misma y no traspasa los límites de su existencia.

Estos distintos efectos marcan y determinan bien claramente las diferencias que existen entre una y otra de dichas sociedades, y aunque los principios por que se rigen son bien claros y explícitos, conviene, sin embargo, para la recta inteligencia de los artículos objeto de nuestro actual examen, que expongamos con la separación debida algunas indicaciones respecto de cada una de dichas sociedades.

I.—*Sociedad universal de bienes.*

Son muchos los autores que consideran estas sociedades como sumamente raras y como cosa anticuada, llegando algunos á sostener que, si bien en lo antiguo tuvieron su razón de ser, en la actualidad carecen de oportunidad y de objeto, no debiendo el legislador haberlas mantenido por haber caído ya en desuso dicha institución. Sin embargo, el reflexivo estudio de esta clase de sociedad convence de la necesidad de su existencia en determinados casos, y por lo tanto, de su reconocimiento por el derecho.

Así es, que cuando en el primer proyecto del Código civil francés prescindió el legislador de la sociedad general de bienes, limitándose á sancionar tan sólo la de ganancias, fueron muchas las reclamaciones que se produjeron contra su supresión, aunque realmente en dicho proyecto no se prohibía en ab-

soluto; y á pesar de que Duvergier y algunos otros sostenían que carecían de utilidad y que las sociedades universales eran de pura teoría, *ó mejor dicho*, el recuerdo de una tradición completamente muerta, la realidad se impuso.

Hemos dicho ya que en lo antiguo la sociedad universal de bienes en nuestro derecho, y lo mismo en algunas otras legislaciones extranjeras, comprendía, no sólo los bienes presentes, sino también los futuros, y que el Código civil ha reducido fundadamente su objeto tan sólo á los bienes presentes. Esta limitación está en armonía, no sólo con las disposiciones que prohiben los pactos sucesorios, sino también con la propia naturaleza del contrato de sociedad, porque, como ha dicho Bigot Préameneu, está en la esencia misma de la sociedad que las cosas que en ella entran ó que á ellas conciernen sean conocidas, salvo la incertidumbre de los beneficios ó de las pérdidas, por cuyo motivo no pueden entrar á formar parte del objeto de la sociedad bienes que están aun por venir á poder de los socios.

Algunos autores creen lo contrario, y en Francia, Cambacéres y Treilhard, propusieron su restablecimiento; pero sus pretensiones fueron victoriosamente impugnadas por Trouchet, Berlier y otros muchos, como vimos al estudiar el art. 1672. En la actualidad casi todos los Códigos están conformes en que la sociedad universal de bienes se limita á los presentes, es decir, á los que los socios tuvieren al tiempo de la constitución de la sociedad, que es lo mismo que el nuestro preceptúa al establecer en el art. 1673 que los socios ponen en común todos los que *actualmente* les pertenecen.

Esto no obsta para que pueda pactarse también la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias que no sean producidas por los bienes aportados, y así lo autoriza el párrafo 2.º del art. 1674. Esas ganancias extrañas á los bienes aportados pueden ser producidas, lo mismo por la industria de los socios, que por el aprovechamiento ó empleo de otros bienes distintos que después de la constitución de la sociedad adquiriesen los mismos por cualquier título; pero respecto de los que ob-

tuvieron con posterioridad á ella por herencia, legado á donación, hay que tener muy en cuenta que, si bien sus frutos pueden ser partidos entre los socios, no pueden comprenderse dichos bienes en la sociedad ni entrar á formar parte del haber común que ha de repartirse entre los socios á la extinción de la misma.

Así se consigna en el párrafo y artículo citados. El Código francés establece el mismo precepto en su art. 1837, en el que además se prohibe toda estipulación que tienda á hacer entrar en la sociedad dichos bienes, salvo si se hiciere entre esposos.

Nuestro Código no ha establecido dicha prohibición, por no estimarla necesaria, toda vez que la cuestión se halla resuelta por las disposiciones generales del mismo. En efecto, según el art. 4.° de dicho Código, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ordene su validez; y como la estipulación que se estableciera para hacer entrar en la sociedad ó someter á los efectos de las mismas los bienes adquiridos por los socios después de su constitución, por legado, herencia ó donación, estaría en pugna con el precepto del párrafo 2.° del art. 1674, sería nula é ineficaz por ser contraria á la ley.

Además dispone el art. 1255 del mismo Código que los contratantes pueden establecer en sus contratos los pactos ó cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á las leyes, á la moral ni al orden público, y como el pacto citado estaría establecido en contra de la prohibición consignada en el citado art. 1674, resultaría también ineficaz por ser de los excluídos en el citado art. 1255. Por eso nuestro Código no ha tenido que expresar la prohibición que contiene el 1837 del francés.

Aparte de esto, la estipulación que sometiera á la sociedad los bienes futuros vendría á constituir un pacto sucesorio y, como tal, sería nulo y contrario á derecho.

Otra cuestión puede suscitar la inteligencia del art. 1673. Dice éste que en la sociedad general de bienes, los socios ponen en común *todos los bienes* que posean *actualmente*, y si bien no con

relación á nuestro Código, con referencia á otros, se ha preguntado. ¿Qué bienes son los que dichos socios han de poner en común? ¿Se refiere la ley á los bienes muebles ó á los inmuebles solamente, ó alcanza también la obligación á unos y á otros? La contestación es bien sencilla en nuestro derecho, teniendo en cuenta los términos del artículo citado. *Todos los bienes que actualmente les pertenecen*, dice el mismo, y la locución empleada no admite excepción alguna.

Todos los que les pertenezan al tiempo de constituirse habrán de aportarse al acerbo común cualquiera que sea su clase, sean muebles ó inmuebles, pues la ley no distingue ni hay razón tampoco para distinguir ni para excluir unos ú otros, pues todos ellos son susceptibles de producir ganancias y todos pueden servir para la realización del fin social.

Una nueva duda ha suscitado el párrafo 2.° del art. 1674. En él se establece que además de los bienes que los socios posean al tiempo de constituirse la sociedad y de las ganancias que con ellos se adquieran, podrá también tener lugar en ella la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias, inclusas las que provengan de bienes futuros adquiridos por herencia, legado ó donación, sin que se exprese en dicha disposición cómo debe estipularse esa comunicación, y esa omisión ha motivado la duda acerca de la forma que debe llevarse á efecto.

Esta cuestión se ha suscitado entre los tratadistas franceses con motivo de la interpretación del art. 1837 del Código civil, igual al 1674 del nuestro, salva la prohibición final de que ya nos hemos ocupado. Y como dicho artículo incurre en la misma omisión, respecto á la forma en que debe hacerse constar la estipulación citada, se dudaba por algunos si el goce de esas ganancias podrá entrar *de derecho* en el patrimonio de la sociedad con la sola adquisición de los bienes futuros por parte de alguno de los socios, ó si, por el contrario, era necesaria una cláusula expresa que lo autorizara. La opinión general era que los frutos de los bienes futuros no entraban en la sociedad sino en virtud de cláusula *expresa*. Sin embargo, Duranton sostenía lo contra-

rio, siendo refutadas fácilmente sus alegaciones con las consideraciones expuestas por Duvergier, Troplong y otros varios.

En nuestro Código la duda sólo puede contraerse á los frutos de los bienes futuros, pues respecto de las otras ganancias distintas de las producidas por los bienes presentes que puedan obtenerse con independencia de los bienes adquiridos posteriormente á la constitución por alguno de los tres títulos mencionados, ya dice el art. 1674 que también puede *pactarse* la comunicación recíproca; luego es necesario el pacto ó la estipulación especial. y sin ella no podrá entrarse en el aprovechamiento común de las mismas.

Respecto de los bienes futuros adquiridos en la forma indicada, sólo dice el Código que éstos no pueden ser comprendidos en la sociedad, *aunque sí sus frutos,* y repitiendo la argumentación de Duranton podría decirse: la ley no establece más que los asociados no pueden comprender en la sociedad esos bienes futuros, pero sí sus frutos; es decir, que los bienes citados no entran en ella mas que para su goce ó aprovechamiento, *luego entran* en la sociedad, y por lo tanto, su goce es de derecho y sin necesidad de una previa estipulación.

Nosotros no lo entendemos así, porque dicha conclusión no está conforme con la naturaleza de la sociedad universal de bienes. Esta, según se deduce del precepto del art. 1673, no tiene derecho á más que á los bienes que los socios pueden aportar á ella, y como los frutos de los bienes futuros no son bienes que les pertenezcan *actualmente*, ó sea al tiempo de la constitución de la sociedad, claro y evidente resulta que éstos no pueden entrar *de derecho* en ella; y por lo tanto, para el goce de los mismos será necesario el pacto á que se refieren los términos con que empieza dicho precepto según el texto literal del citado artículo. Además, dicha comunión no es preceptiva, sino potestativa, y por lo tanto, depende de la voluntad de los socios, siendo en su virtud necesaria la previa estipulación.

Como esta cuestión, que ha dividido á los intérpretes del Código francés en cuanto á la inteligencia del párrafo 2.° del ar-

tículo 1837, puede suscitarse igualmente y con los mismos motivos respecto á la de igual párrafo de nuestro art. 1674, hemos creído de utilidad exponer, aunque sucintamente, la solución que á nuestro juicio nos parece más conforme con los términos y con el espíritu de dicho precepto.

II.—*Sociedad universal de ganancias.*

El Código francés, en su art. 1838, comprende en la sociedad de ganancias, no sólo todo lo que las partes adquieran por su industria, por cualquier título que sea durante el curso de la sociedad, sino también los bienes muebles que cada uno de los asociados poseyera al tiempo del contrato; y en cuanto á los inmuebles, dispone que los personales de los socios no entran en ella más que para su goce solamente.

Según resulta de los términos expuestos, la legislación francesa viene á convertir la sociedad de ganancias en una verdadera sociedad universal de bienes presentes, si bien limitada á la propiedad mobiliaria de los asociados. Esto, como desde luego se comprende, es contrario á la naturaleza de dicha sociedad en la que no deben entrar más que ganancias y no propiedad como en la de bienes. Por eso nuestro Código, siguiendo el ejemplo del italiano (1), del mejicano (2), y de algunos otros, se separó del criterio indicado, estableciendo que, tanto los bienes muebles como los inmuebles, continuarán siendo de dominio particular de los socios, pasando sólo á la sociedad el usufructo.

Aunque esta sociedad es conocida con el nombre de *universal de ganancias*, su extensión no es tan amplia como dicho nombre indica, pues sólo comprende las obtenidas por la industria ó trabajo de los socios y el usufructo de sus bienes; y todas las demás que pudieran obtenerse por otro medio ó título distinto, no están comprendidas en ella.

---

(1) Artículo 1702.
(2) Artículo 2378.

La ley dice todo lo que los socios adquieran por su industria ó trabajo, y como estos términos son restrictivos y vienen á limitar el concepto de las ganancias que comprende dicha sociedad, están fuera de ésta los dones de la fortuna, como la lotería y demás utilidades que se adquieran por título lucrativo y sin el empleo de la fuerza ó de la inteligencia del hombre. El azar, la donación y demás títulos lucrativos, excluyen toda idea de industria ó trabajo, y por lo tanto, no están comprendidos en el concepto indicado.

El goce en común de las ganancias, como el usufructo de los bienes particulares de los socios, corresponde *de derecho* á la sociedad, y por lo tanto, no se necesita cláusula alguna especial para ello, sino que entran desde luego en la sociedad por el sólo hecho de la constitución de ésta. Por el contrario, para excluir el de alguno de ellos, entonces sí se necesitaría pacto previo, porque el precepto de la ley comprende expresa y terminantemente á todos.

En efecto; los términos de la misma son tan amplios, que no admiten excepción de ningún género respecto de los ya indicados. Todo lo que adquieran los socios por su industria y trabajo mientras dure la sociedad, dice el art. 1675, y con esta locución se comprenden tanto los beneficios obtenidos en el ejercicio de cualquier comercio, arte, profesión ó industria, como la utilidad reportada por todo esfuerzo del trabajo del hombre.

Los términos en que se halla concebido el párrafo segundo de dicho artículo, hacen imposible la duda expuesta por algunos tratadistas extranjeros respecto á si se comprendería en la sociedad de ganancias el usufructo de los bienes futuros, como se comprende en la universal de bienes. Si el usufructo de los bienes presentes, se ha dicho, es considerado por la ley como una ganancia, y en tal concepto se comprende en la sociedad de que nos ocupamos, del mismo modo deben ser apreciados y comprendidos en ella los frutos de los bienes futuros. Pero aquellos cuyo usufructo concede á la sociedad el art. 1675 de nuestro Código, son únicamente los muebles ó inmuebles que cada socio posea *al*

tiempo de la celebración del contrato, y en su virtud, no pueden considerarse comprendidos en esta clase de sociedad los frutos de los bienes futuros.

Esto sentado, aunque *de derecho* no estén incluídos en el goce común de los socios dichos frutos, ¿podrán estarlo por convenio expreso de las partes? Ricci admite dicha posibilidad, y nosotros no vemos ningún inconveniente para ello, pues no se trata de ningún pacto contrario á las leyes, á la moral ó al orden público, únicos prohibidos en general á los contratantes por el artículo 1255.

III.—*Precedentes y concordancias.*

El art. 1673 tiene sus precedentes en las leyes 1.ª y 73, título 2.º, libro 17 del Digesto, en cuanto al Derecho romano, y en las 3.ª á la 7.ª del tít. 10 de la Partida 5.ª, respecto del de Castilla, á cuyas legislaciones reforma en el sentido que hemos indicado al principio, y concuerda con el 1701 del Código italiano, el 1837 del francés, el 1244 del portugués, el 1842 y 1843 del de Bolivia, el 1177 del de Austria, el 1837 del de Bélgica, el 2371 del de Méjico y de Campeche, el 2239 del de la Baja California, 2012 del de Veracruz-Llave, el 1709 del de Napoleón y el 1859 del Sardo.

El art 1674 tiene su precedente en la ley 47, tít. 28 de la Partida 3.ª, y concuerda con el 2.º apartado del 1837 del Código francés, con el apartado 2.º también del 1701 del de Italia, el 1842 y 1843 del de Bolivia, 1177 del de Austria, el 1753 del de Guatemala, el 2372 y el 2377 del de Méjico, el 2240 y 2245 del de la Baja California, el 2013 del de Veracruz-Llave y el 1019 del de Vaud.

Y por último, el art. 1675 tiene en parte sus precedentes en la ley 4.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, y concuerda con el 1838 del Código francés, el 1702 del italiano, el 1659 del holandés, el 1838 del de Bélgica, el 1844 del de Bolivia, el 2801 del de Luisiana, el 2374 del de Méjico y del de Campeche, el 2242 del

de la Baja California, el 2014 del de Veracruz-Llave, el 1710 del de Nápoles y el 1860 del Sardo.

ARTÍCULO 1676

El contrato de sociedad universal, celebrado sin determinar su especie, sólo constituye la sociedad universal de ganancias.

La disposición de este artículo no tiene otro fin ú objeto que el de interpretar y suplir la voluntad de las partes en el caso de que ésta no resulte claramente de la sociedad misma. Por lo tanto, siempre que de cualquier modo resulte que los socios han tenido intención de constituir una sociedad más extensa que la universal de ganancias, no habrá lugar á suplir ni á interpretar la voluntad de los mismos y no tendrá aplicación el precepto indicado.

Este sigue la regla de hermenéutica, generalmente admitida, de que en la duda debe estarse á lo más favorable á las partes ó sea á aquello que menos obligaciones les imponga; y de aquí que cuando no se determina por los socios la especie de la sociedad universal que contraen, haya de estimarse que quisieron constituir la más limitada en sus efectos y no la más amplia en extensión.

Ese precepto, y lo mismo la regla en que se inspira aquél, son perfectamente racionales, toda vez, que una sociedad más extensa que la universal de ganancias, ó sea la universal de bienes, implica mayores obligaciones por parte de los socios, pues como hemos visto al ocuparnos de los artículos 1673 y 1674, estos se desprenden del dominio particular de todos sus bienes presentes y de todas las ganancias que con ellos pudieran obtener. En su virtud, para que ésta mayor suma de obligaciones se considere voluntariamente aceptada por los socios y válidamente exigible de los mismos, es preciso que conste de una manera indudable la voluntad de contraerlas. Pero, si por el contrario, del contrato celebrado resulta la conformidad de las partes ó su in-

tención de contraer esas mayores obligaciones, entonces la regla de interpretación contenida en este artículo no puede destruir ni alterar la voluntad que claramente pone de manifiesto el acto que las partes hubieren llevado á efecto.

El Código francés consigna el mismo precepto en su artículo 1839, según el que, «la simple convención de sociedad universal, hecha sin otra explicación, no implica más que la sociedad universal de ganancias». Y comentando este artículo algunos tratadistas, dicen en justificación de la disposición del mismo: «Toda convención que tienda á expropiar, no puede ser entendida más que en el sentido más estricto, la simple convención de sociedad universal no implicará, pues, más que una sociedad de ganancias. En efecto; ella sólo comprende la propiedad mobiliaria presente, mientras que la sociedad de bienes presentes comprende también los inmuebles. Esta interpretación restrictiva está además en armonía con el espíritu tradicional del derecho francés, que considera los inmuebles como la parte más preciosa de la fortuna, y procura conservarla en las familias» (1). La misma disposición contienen también el art. 1703 del Código italiano, el 2375 del de Méjico, el 1711 del de Nápoles, el 2802 del de Luisiana y el 1861 del sardo.

García Goyena, comentando el párrafo 3.º del art. 1570 del proyecto de Código de 1851, que establecía un precepto análogo, decía que como la sociedad de ganancias es más común que la de bienes presentes, por eso en caso de duda se presume que las partes entendieron hacer lo que ordinaria y frecuentemente se hace, y además que la sociedad de bienes tiende á despojar á los socios de su propiedad, y la de ganancias no.

La disposición de este artículo está tomada del Derecho romano, donde tenía su precedente en la ley 71, párrafo 1.º, título 2.º, libro 17 del Digesto. En la legislación de Castilla, si bien no existía una declaración explícita semejante á la del ar-

(1) Véase Pothier, *De société*, núm. 48, y Laurent, *Principios del Derecho civil*, vol. 26, pág. 254.

tículo que examinamos, no por eso constituye éste una innovación en nuestro antiguo Derecho, ó un precepto de evidente novedad en el Código, como ha dicho un expositor de él, pues ya la ley 7.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª venía á disponer lo mismo, al decir que cuando simplemente hacían los hombres compañía sin nombrar ni decir que lo hacían de todas sus cosas, ni señalar que lo hiciesen sobre todas ellas, se entienda entonces que deben partir igualmente todas las cosas que ganaren de *aquel menester ó de aquella mercaduría que usaren;* es decir, de lo que fuere objeto de la sociedad.

El expresado artículo concuerda también con el art. 1839 del Código de Bélgica, con el 2375 del de Campeche y con el 2243 del de la Baja California, además de los que ya dejamos mencionados.

ARTÍCULO 1677

No pueden contraer sociedad universal entre sí las personas á quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación ó ventaja.

Igual precepto establecía el art. 1571 del proyecto de 1851, y, como veremos más adelante, la misma disposición se consigna en casi todos los Códigos, pues éstos no podían prescindir de la consideración de orden moral en que se funda la prohibición impuesta en este artículo.

Sin ella, bajo la apariencia de una sociedad universal, podría fácilmente eludirse la disposición de la ley, que veda la donación recíproca entre determinadas personas, las cuales, adquiriendo el carácter de socios, podrían hacer por título de aportación social lo que aquélla prohibe. Y como no debe permitirse por medios indirectos y simulados lo que no puede hacerse por los directos y legítimos, como decía García Goyena al justificar el precepto del art. 1571 del proyecto citado, es de todo punto evidente que el legislador ha procedido cuerda y justamente el establecer la sanción necesaria y eficaz para impedir dicho abuso.

La ley presume que la sociedad universal implica una verdadera donación, y por nuestra cuenta ya hemos dicho en otra ocasión que este es el carácter que tiene dicha clase de sociedad, toda vez que en ella se desprenden los socios del dominio particular sobre los bienes ó las ganancias puestas en común, pasando á ser unos y otras de la propiedad común de todos ellos ó de la entidad jurídica formada por los mismos.

Viniendo á constituir la aportación en dichas sociedades una verdadera donación, debe regirse por los principios que regulan á ésta, y hallándose prohibidas las donaciones recíprocas entre las personas á quienes se refiere este artículo, resultaría una inconsecuencia el tolerarlas indirectamente. Si esas personas no pueden otorgarse válidamente alguna donación ó ventaja, cualesquiera que sean los motivos que el legislador haya estimado como fundamento de ello, no sería lícito que se les permitiera eludir la prohibición de la ley asumiendo la cualidad de socios el donante y el donatario.

En su lugar oportuno nos hemos ocupado de esas prohibiciones y á lo dicho entonces nos remitimos, porque ahora sólo nos basta con sentar el hecho de su existencia dentro de nuestra legislación, pues, existiendo, deben ser respetadas y no puede consertirse nada que tienda á burlar ó á hacer ineficaces sus efectos.

El Código francés no sólo prohibe la sociedad entre las personas incapacitadas para donarse ó recibir unas de otras alguna cosa, sino que además extiende dicha prohibición á aquellas que no pueden obtener un beneficio ó una liberalidad en perjuicio de otras.

La interpretación del art. 1840 que tal precepto consigna ha sido objeto de controversia entre los comentadores é intérpretes de aquel cuerpo legal en cuanto á dicho último extremo, pero en el fondo todos están conformes en que deben ser respetados los derechos de aquellas personas en cuyo perjuicio no pueden ser hechas determinadas liberalidades, y en que para impedir que sean violados, eludiéndose la prohibición de la ley, deben ser

puestos al amparo de la misma, estableciendo la sanción conveniente. La razón legal y el fundamento jurídico para ello es el mismo que tenemos ya dicho.

En ese caso se encuentra, por ejemplo, la persona en cuyo beneficio se halla establecida la reserva de bienes, el nudo propietario y todas aquellas personas en cuyo favor reconoce la ley algún derecho sujeto á condición suspensiva sobre determinados bienes poseídos por otros, pues el heredero con reserva no puede disponer libremente de los bienes sujetos á ella sin perjudicar al favorecido con la misma, ni el usufructuario de los recibidos en usufructo sin lesionar los derechos del nudo propietario, ni el poseedor de bienes sujetos á condición resolutoria, ó sobre los que tengan otros algún derecho sujeto á condición suspensiva, podrá disponer de dichos bienes sin inferir perjuicio á la persona á quien hubieran de pasar los mismos, al cumplirse la condición en el primer caso ó en cuyo favor había de ceder el derecho pendiente de condición suspensiva en el segundo. Pero en todos estos casos, la sociedad universal que se formara á pesar de dicha prohibición, estaría viciada de nulidad y no podría surtir efecto alguno su constitución por ser contra ley. Y por lo tanto, no tenía por qué establecer un precepto especial el Código para consignar dicha ineficacia.

Lo mismo puede decirse del incapaz para recibir por testamento, pues se encuentra en igual caso que el incapaz para recibir por donación, y desde luego se comprende que si fuera posible la constitución de una sociedad entre personas, de las cuales una no pudiera recibir de la otra ó de las otras, ni por testamento ni por acto *inter vivos*, se vendría indirectamente á violar la ley permitiéndose al socio, por efecto del contrato de sociedad, lo que la ley le prohibe recibir de su consocio. Sería esta sociedad, como dice Ricci, un medio para dar indirectamente lo que directamente no puede darse, y de aquí que justamente lo prohiba la ley.

El Código italiano establece, en su art. 1704, igual precepto que el 1840 del francés, ocurriendo lo mismo con el 1840 del de

Bélgica, y sustancialmente concuerda además el artículo que examinamos con el 1772 del de Nápoles, el 1862 del Sardo, el 2804 del de la Luisiana, el 1784 del de Guatemala, el 2017 del de Veracruz-Llave y algunos otros.

Una cuestión puede suscitar la inteligencia de dicho precepto. En efecto; si á pesar de la prohibición establecida en el mismo, se constituyera una sociedad universal entre personas á quienes estuviese prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación ó ventaja, ¿la sociedad así constituída sería desde luego nula é ineficaz, ó por el contrario, podría surtir sus efectos en tanto que no se reclamase dicha nulidad por aquellos á quienes pudiera perjudicar, ó en cuyo favor prohibe la ley la constitución de tales sociedades?

A nuestro juicio, la contestación es bien sencilla, pues entendemos que, tanto el espíritu como la letra del art. 1677, establecen una nulidad absoluta y no relativa. En él no se dice que la sociedad formada por las personas entre quienes está vedada su constitución, pueda ser impugnada por aquellos á quienes perjudique, sino que bien clara y explícitamente previene que no pueden contraerla tales personas; es decir, que la sociedad no puede tener lugar entre ellas, pues lo que por disposición de la ley no puede tener lugar, de ningún modo puede existir jurídicamente. Y si no tendría existencia válida la sociedad que á pesar de dicha prohibición se formase, ningún efecto podría surtir su constitución, no siendo preciso, para la declaración de su nulidad, la previa reclamación de las personas en cuyo favor está establecida la prohibición indicada, sino que puede ser impugnada su validez por cualquiera otra.

La disposición de este artículo, que, como hemos dicho, constituye un precepto de precaución para evitar simulaciones, no tenía precedentes en el derecho anterior.

ARTÍCULO 1678

La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, ó sus frutos, ó una empresa señalada, ó el ejercicio de una profesión ó arte.

Este artículo, dentro de sus breves términos, comprende las disposiciones contenidas en los artículos 1841 y 1842 del Código francés, y 1705 y 1706 del italiano, los cuales se ocupan con separación de las sociedades particulares que tienen por objeto cosas determinadas, su uso y sus frutos, de las que se constituyen para la explotación de una empresa señalada, ó para el ejercicio de una profesión ó arte.

En realidad, los principios por que se rigen unas y otras de dichas sociedades, son los mismos, y por eso, ha hecho bien nuestro Código en comprenderlas en un solo artículo.

Al ocuparnos del 1671 del mismo, expusimos las diferencias que existen entre las sociedades universales y las particulares, y con un autor podemos resumir las consideraciones entonces expuestas, diciendo que la distinción entre dichas clases de sociedades consiste precisamente en la extensión de su objeto, pues mientras en las primeras es éste vago é indefinido, en las segundas es, por el contrario, limitado y bien definido.

Este especial objeto de las sociedades particulares, puede consistir en primer lugar en la propiedad de cosas determinadas. Por ejemplo, se forma una sociedad entre determinadas personas para la adquisición de bienes inmueles, rústicos ó urbanos, con el fin de revenderlos mediante la obtención de un lucro. En este caso la sociedad tiene por objeto la propiedad, la cual es adquirida y mantenida en común entre los socios con la intención de conseguir una ganancia, que es lo que la distingue de la comunidad de bienes. Puede también tener por objeto el uso de cosas determinadas. En esta sociedad cada socio conserva el dominio de las cosas que él hubiere aportado ó que le pertenezcan, y sólo el

uso de ellas es común, como común es también el provecho que por el uso de ellas se obtuviere.

Lo mismo debe decirse en el caso de que el fin ú objeto de la sociedad consista en los frutos que produzcan ciertas cosas determinadas de la pertenencia de los socios. Por ejemplo: dos ó más propietarios se asocian con el objeto de cultivar en común sus fundos para hacerlos más productivos, y en dicho supuesto, la propiedad no es transferida á la masa social, sino continúa reteniéndola cada socio, y sólo pasa á la comunidad los frutos de que los contratantes quisieron proporcionarse un aumento por ese medio del cultivo en común.

Según los términos de este artículo, es también sociedad particular el contrato en que varias personas se asocian con objeto de llevar á cabo una empresa determinada, como, por ejemplo, para realizar la construcción de una obra señalada ó con cualquier otro fin análogo. El asociarse para una empresa determinada es la forma más común de la sociedad particular; y es, además, el vasto campo de la especulación y la espectativa de las considerables y fáciles ganancias que la misma puede producir, lo que más contribuye á la formación de capitales y á la reunión de fuerzas que favorecen la constitución y el desarrollo de estas sociedades, que si bien tienen por fin la especulación, no dejan por eso de tener su carácter civil.

La ley admite también, como materia y objeto de las sociedades particulares, el ejercicio de una profesión ó arte, lo cual tiene su indiscutible y sólido fundamento en la consideración de que la reunión de mayor número de capacidades encargadas de su desempeño puede proporcionar á cada uno de los asociados aquellas ventajas que ellos aislada é independientemente no tendrían facilidad de conseguir.

El Código de Méjico, conforme con el plan general seguido con el mismo, consagra todo un capítulo del tít. 11 del libro 3.º, que es el relativo al contrato de sociedad, para regular la sociedad particular, como consagró otro para la sociedad universal; pero ocupándonos ahora tan sólo de las disposiciones ge-

nerales, relacionadas con la constitución de las sociedades civiles, bastaba á nuestro Código determinar el objeto de las mismas en este capítulo, dejando para su lugar oportuno la expresión de sus efectos y de las reglas por las que se rige, en cuya virtud únicamente debemos consignar de dicho Código, como concordante con el artículo que nos ocupa, el 2384, que, definiendo la sociedad particular, dice es «la que se limita á ciertos y deter minados bienes, á su fruto y rendimiento y á cierta y determinada industria», y como disposición de suma conveniencia interesa citar el art. 2386, en cuanto por él se previene que en esta clase de sociedad sólo se entiende comunicado el dominio de las cosas ó capitales cuando así lo hayan manifestado expresamente los contratantes, y en caso contrario, sólo será común la administración de los bienes que entraron en sociedad y las ganancias y pérdidas que de ellos resulten.

Concuerda también el art. 1678 de nuestro Código, á más de las prescripciones ya citadas, con los artículos 1660 del de Holanda, 2806 del de la Luisiana, 1863 y 1864 del Sardo, 1713 y 1714 del napolitano, 1246 del portugués, 1847 del de Bolivia, 2018 del de Veracruz-Llave, 1781 del de Guatemala, 2384 del de Campeche, y 2252 del de la Baja California; y tiene su precedente en la legislación de Castilla, en la ley 7.ª del tít, 10 de la Partida 5.ª

CAPÍTULO II

De las obligaciones de los socios.

Después de exponer el Código las prescripciones generales relativas á la constitución de la sociedad según las distintas especies de la misma, pasa á ocuparse de los efectos jurídicos del contrato, tanto durante las subsistencias de la sociedad como con relación á la extinción ó disolución de ella.

El presente capítulo se ocupa de las relaciones de derecho referentes á la vida de la sociedad, ó sea de los derechos y obligaciones derivados de la misma, quedando para el siguiente todo lo relativo á los modos de extinguirse la sociedad.

El contrato de sociedad válidamente celebrado, produce, como primer efecto, la creación de una entidad jurídica distinta é independiente de la de cada uno de los socios, que puede ser activa y pasivamente sujeto de derecho; pero el nacimiento de esa entidad no extingue la personalidad de los socios ni los vínculos jurídicos que traen su origen de las relaciones contractuales de los mismos, ya con la propia sociedad formada por ellos, ya con terceras personas extrañas á ella.

En efecto; teniendo la sociedad siempre un fin determinado, para cuya realización se asocian los que la forman, poniendo en común con tal objeto los medios aportados por éstos, desde luego se comprende que para el cumplimiento del fin social no basta que los asociados pongan en común los medios indicados, contrayendo las responsabilidades propias de su concurso según las convenciones establecidas, sino que para el mejor desenvolvimiento de su ojeto, es preciso que la sociedad entable relaciones de derecho con terceras personas, realizando las operaciones propias para las que hubiere sido creada.

Este conjunto de relaciones que la nueva entidad jurídica lleva á efecto con los extraños en el natural desarrollo y desenvolvimiento de su fin, es lo que un autor llama la *vida externa* de la sociedad. Pero á la vez ésta tiene también su *vida interna*, que está integrada por el cúmulo de las relaciones jurídicas que se mantienen por los socios entre sí y por cada uno de ellos con la sociedad, porque es evidente que todos tienen obligaciones que cumplir y derechos que ejercitar, ya respecto á la aportación del capital que ofrecieron para la formación del fondo social y á la participación en las pérdidas, ya en cuanto al goce ó percibo de las ganancias y á la intervención en la administración.

De lo expuesto resulta que el contrato de sociedad puede producir efectos ó relaciones jurídicas en cuatro órdenes distintos,

á saber: 1.º, relaciones de los socios entre sí; 2.º, relaciones de los socios con la sociedad; 3.º, relaciones de la sociedad con las terceras personas con quienes contrate, y 4.ª, relaciones de los socios con los terceros.

Según el Sr. Sánchez Román (1), las relaciones de los socios entre sí se refieren no sólo al tiempo de la constitución, sino también á los de la vida y disolución de la sociedad por el resultado de los provechos y responsabilidades que individualmente les corresponden y prestan. Las de los socios con la sociedad hacen referencia á sus derechos y responsabilidades individuales enfrente de la entidad colectiva. Las de la sociedad con los terceros se contraen á los derechos y prestaciones producidos entre estos dos términos, cuando concurra á la constitución de la relación como un factor propio y personal de la misma la entidad colectiva debidamente representada, ó cuando le sean imputables en tal concepto hechos ó responsabilidades derivadas de su carácter social. Y, por último, las relaciones de los socios con los terceros surgen cuando no obstante la responsabilidad de la sociedad, subsista ésta ó subsidiariamente transcienda á la personalidad individual de los socios por insuficiencia de los medios de la entidad social ó por cualquiera otra causa.

El Código, sin embargo, divide esos efectos ó relaciones jurídicas del contrato de sociedad en dos grupos correspondientes á la vida interna y á la vida externa de la misma, comprendiendo en el primero las obligaciones de los socios entre sí, y en el segundo las de los socios con los terceros.

SECCION PRIMERA

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS ENTRE SÍ

Como veremos en el sucesivo examen de los 18 artículos que componen esta sección, las obligaciones de los socios entre sí pueden subdividirse en tres grupos distintos, según el objeto á

(1) Tomo 4.º, pág 524.

que se refieran, porque dentro de la sociedad los individuos que la forman tienen obligaciones que cumplir, relativas unas al capital social, otras á la distribución de pérdidas y ganancias, y otras á la administración de la misma.

Las obligaciones de los socios con relación al capital las regulan los artículos 1681, 1682, 1683, 1685, 1686, 1687 y 1696. A las obligaciones de los mismos relativas á la distribución de las pérdida y ganancias se refieren los artículos 1688, 1689, 1690 y 1691. Y, por último, se contraen á las obligaciones de los socios respecto de la administración los artículos 1684, 1692, 1693, 1694 y 1695.

Contiene además este capítulo dos artículos cuyas disposiciones son comunes á las obligaciones referentes á los tres grupos indicados, que son el 1679 y 1680, puesto que en ellos se determina el período de duración de las sociedades, y, por lo tanto, el tiempo de subsistencia de las relaciones de los socios entre sí dentro de la vida interna de las mismas.

Con estos antecedentes y con las consideraciones que hemos expuesto como introducción del presente capítulo, podemos desde luego entrar en el examen de las disposiciones legales que regulan en toda su integridad las obligaciones indicadas.

ARTÍCULO 1679

La sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa.

ARTÍCULO 1680

La sociedad dura por el tiempo convenido; á falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto á la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el artículo 1700 y lo dispuesto en el art. 1704.

I.—*Duración de la sociedad.*

Estos dos artículos determinan el período de duración de la vida de las sociedades civiles, y por eso procedemos conjuntamente al examen de sus preceptos.

El primero de ellos debe entenderse en relación con el 1667 y el 1668, pues si bien en su cualidad de contrato consensual, queda constituída la sociedad desde el momento de la celebración del convenio en que se obligaron los socios á poner en común dinero, bienes ó industria, con ánimo de partir las ganancias, aun cuando todavía no hubieren ingresado en ella las aportaciones correspondientes, según tiene declarado ya la jurisprudencia, es lo cierto que cuando todas ó alguna de dichas aportaciones consistan en bienes inmuebles ó en derechos reales será requisito preciso, para que la sociedad pueda surtir efecto en cuanto á tercero, el otorgamiento de escritura pública, y la formación de inventario en el primero de dichos casos, en los términos prevenidos en el art. 1668 Al examinar dichos artículos, demostramos la necesidad de esta limitación impuesta al principio de libertad en que se había inspirado el Código y á lo dicho entonces nos remitimos para no incurrir en innecesarias repeticiones.

El primero de los artículos, objeto de este comentario, establece, por lo tanto, un principio reconocido y sancionado ya en los artículos 1254 y 1258 del Código, según los cuales existen en general los contratos desde que una ó varias personas consienten en obligarse respecto de otra ú otras á dar alguna cosa ó prestar algún servicio, y se perfeccionan los mismos por el mero consentimiento, obligando desde estonces, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley.

Ninguna contradicción con dicho principio produce la necesidad del otorgamiento de la escritura ó de la formación del inven-

rio en su caso, como no la produce tampoco la exigencia del artículo 12‧0 que impone dicho otorgamiento como requisito preciso en los contratos expresados en el mismo, entre los que se comprenden todos aquellos en que se transmitan, modifiquen ó extingan derechos reales sobre bienes inmuebles, que es lo que acontece con la aportación de bienes inmuebles ó de dicha clase de derechos á la masa social, pues en unos casos se transfiere el dominio de los mismos y de sus ganancias, como en la sociedad universal de bienes y aun en la particular (1), y en otros, sólo sus frutos ó aprovechamiento, como sucede respecto de los bienes futuros en la primera de dichas clases de sociedades y en la universal de ganancias y en la particular (2).

Pero, además, esa exigencia de la pública escritura y de la formación de inventario en los casos á que se refieren los artículos 1667 y 1668, es tan sólo para que surta sus efectos el contrato de sociedad con relación á terceros, pero en cuanto á los socios entre sí, ó respecto de la sociedad misma, dicho contrato es eficaz, desde luego, y no sólo podrán compelerse recíprocamente á llenar dicha formalidad, según el art. 1279, desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez, sino que de no haberse pactado otra cosa, la sociedad vivirá para ellos desde el momento del convenio y mutuamente podrán exigirse el cumplimiento de aquello á que se obligaron.

Hemos dicho que si no se hubiere pactado otra cosa, pues el artículo 1679, que es el que establece el punto de arranque de la vida social, respeta, ante todo, la voluntad de los contratantes reproduciendo la antigua regla de derecho mantenida por la jurisprudencia constantemente, y entre otras sentencias en las de 13 de Abril de 1861 y 25 de Febrero de 1869, de que los estatutos ó estipulaciones bajo los que fueren constituídas las sociedades, como las convenciones entre los demás contratos, son la ley para

(1) Art 1674 en su párrafo 1.º, y primera parte del 1678.
(2) Art. 1674 en su párrafo 2.º, 1675 y 1678.

los contratantes y por ella han de regirse los derechos y obligaciones de los mismos.

Por lo tanto, de no haber pacto expreso en contrario, las obligaciones de los socios comienzan desde el momento de la celebración del contrato, aun cuando no se haya cumplido todavía el requisito del otorgamiento de la escritura y de la formación del inventario en los casos en que fuere preciso, según los artículos 1667 y 1668 antes citados.

El art. 1680, ó sea el segundo de los que examinamos en este comentario, determina hasta cuándo dura la sociedad. En el tiempo de duración de la misma, inspirándose el Código en la doctrina consignada en la ley 1.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, ha atendido á la voluntad de las partes, y por eso, en primer término, fija como límite natural de la sociedad lo que las partes hayan convenido acerca de ello, sin establecer plazo ni limitación alguna, como sucede en la comunidad de bienes, porque las razones que generalmente se alegan para facilitar la disolución de ésta, no concurren en la sociedad, cuyo objeto es el lucro y cuya intención es además temporal.

Con arreglo al citado art. 1680, son dos las reglas que rigen para la duración de la sociedad, según que se haya pactado ó no el término de su existencia. En el primero de dichos casos, durará la sociedad todo el tiempo convenido, y en el segundo, se entenderá que ha de subsistir todo el que dure el negocio que sirve de objeto al contrato, si por su naturaleza tuviere duración determinada. Si no tuviere plazo fijo dicho objeto, ó en cualquier otro caso, la sociedad durara por toda la vida de los asociados, salvo que ocurra antes la renuncia de algunos de ellos, que disuelve la sociedad, ó que se pactare que á la muerte de uno continúe entre los restantes, ya solos, ya con el heredero del finado.

Esta última facultad reconocida por el Código, de la que nos ocuparemos al examinar el art. 1704, modifica en sentido extensivo la doctrina tradicional en nuestro derecho, que negaba la continuación de la sociedad con el heredero del socio difunto,

fundándose en que siendo la base de la sociedad la confianza en la persona del asociado, y constituyendo por lo tanto su intervención eminentemente personal uno de los elementos de la misma, no podía extenderse á otros que á los contratantes. Al sostener esa doctrina los antiguos tratadistas, daban al olvido la consideración de que pudo ser conocido el heredero al tiempo de celebrar el contrato y tenerse ya en cuenta sus condiciones y aptitudes, para en su caso, al establecerse la sociedad. A esto puede agregarse, en impugnación de la prohibición consignada en la legislación de Partidas, el caracter cada vez más impersonal que con las garantías y combinaciones modernas van adquiriendo las sociedades.

II —*Efectos jurídicos del criterio adoptado.*

Comenzando la sociedad en el momento mismo de la celebración del contrato, cuando no se ha pactado para ello otra época, resulta evidente que las cosas cuya propiedad se aporta á la masa social, dejan de pertenecer exclusivamente á su dueño para pasar á ser del dominio común de todos los socios desde el momento indicado, aunque materialmente no hayan entrado en poder de la sociedad, no siendo necesaria la tradición para la adquisición por ésta, pues de lo contrario, quedarían en suspenso los efectos del contrato, contra el precepto terminante del artículo 1679, desde que se celebrare éste hasta que se hiciere efectiva la aportación.

No sucede lo mismo cuando en el contrato de sociedad se ha señalado una época distinta para el comienzo de ella. En este caso, las cosas que cada uno de los socios hubiere prometido aportar, no salen inmediatamente de su dominio, ni se convierten en propiedad común de los socios, sino desde que es llegado el momento fijado para el principio de la sociedad.

Esto ha dado lugar á una cuestión entre los tratadistas, los cuales discuten acerca de quién debe soportar el riesgo que corran las cosas determinadas que se hubiere comprometido á apor-

tar á la sociedad. Unos sostienen que ésta debe sufrir las consecuencias de la pérdida que hubiere tenido lugar después de la celebración del contrato y antes de la fecha en que debiera empezar la vida de la sociedad, entendiendo que esta solución es la que está más conforme con los principios generales del derecho, pues así como la condición impuesta en los contratos sujetos á ella—en cuyo caso consideran á la sociedad cuando se ha condicionado la época de su principio—, una vez cumplida, tiene efecto retroactivo y retrotrae los efectos de los mismos al día en que fué contraída la obligación condicional, por idéntica razón y de igual modo deberían considerarse las cosas que constituyen la aportación, como pasadas á la propiedad común de los socios desde el momento en que éstos prestaron su consentimiento, y, por lo tanto, la pérdida casual de las mismas deberá correr á cargo de la sociedad. Otros, por el contrario, resuelven la cuestión con criterio distinto, opinando que si la pérdida de la cosa hubiere ocurrido sin culpa del obligado á aportarla, quedará exento de la obligación que contrajo; pero si ocurriere dicha pérdida por su culpa, correrá ésta á su cargo, estando obligado al resarcimiento de los daños que pudieran haberse irrogado á los otros socios por falta de la cosa que se comprometió á aportar.

Entendemos que en esta solución se confunden dos cuestiones distintas. Las cosas perecen para su dueño, y como el socio propietario de la cosa aportable no deja de serlo hasta la fecha fijada para comenzar la sociedad cuando se pacta época distinta de la celebración del contrato, tiene que soportar él solo la pérdida como único dueño y no los demás socios, los cuales no han adquirido aún el condominio. En las cosas cuyas propiedad ha de transferirse á la sociedad, como sucede en la universal de bienes y en la particular de cosas determinadas, cuando así se pacta, ó cuando conste la voluntad de su transmisión, la constitución de la sociedad supone una enajenación mutua entre los socios, según ha dicho un autor, encontrándose en su virtud el socio dueño de la cosa aportable perdida antes de empezar la eficacia del contrato, en el mismo caso que el vendedor cuando la

cosa vendida se pierde antes de la época en que debe ser entregada; y por lo tanto, ha de resolverse la cuestión por los mismos principios establecidos para el contrato de compraventa. Aparte de esto, si el socio por su culpa hubiere ocasionado un daño ó perjuicio á la sociedad, debe responder de ello á la misma, sin que pueda compensarlo con los beneficios proporcionados por su industria, en virtud del precepto expreso y terminante del artículo 1686 del Código.

Otra cuestión se ha suscitado con motivo de la inteligencia del art. 1680, y de ella ha tenido que ocuparse nuestra jurisprudencia.

En efecto; dice dicho artículo que cuando no se ha pactado el tiempo de duración de la sociedad, ésta durará todo lo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto á la sociedad si aquél, por su naturaleza, tiene una duración limitada; pero no deben entenderse estos términos en sentido tan absoluto y estricto que terminado el negocio objeto de la sociedad deba considerarse extinguida ésta aunque continúen pendientes algunas incidencias ú obligaciones derivadas del mismo, sino que en dicho caso habrá de estimarse subsistente aquélla hasta que no se ultimen todas las consecuencias jurídicas del objeto de la sociedad.

Esta doctrina ha sido sancionada por nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Febrero de 1903 en el caso siguiente: Habíase formado una sociedad entre varias personas para llevar á efecto la compra de ciertos terrenos vendidos por el Estado. Los socios pagaron el precio y se distribuyeron los terrenos adquiridos; pero al cabo de algún tiempo, uno de los partícipes promovió juicio en el juzgado de Badajoz, pidiendo se le reconociera como uno de tantos accionistas, con los mismos derechos y obligaciones que los demás, pues entendía que no se le había dado todo lo que le correspondía. El Juzgado accedió á dicha petición, siendo confirmada su sentencia por la Audiencia de Cáceres.

Contra dicha resolución interpuso recurso de casación la

parte demandada, citando como infringidos los arts. 1680 y 1700 del Código civil, fundándose para ello en que los contratos se entienden consumados y, por lo tanto, se extinguen cuando las partes contratantes cumplen las obligaciones que nacen de ellos, y que con la entrega del precio y la cesión y distribución de los terrenos sin oposición alguna, quedaron terminadas todas las consecuencias jurídicas de tal contrato entre las partes contratantes, sin que ninguna de ellas tuviese ya acción para deducir reclamaciones provenientes de dicho contrato; pero el Tribunal Supremo, estimando que todavía estaban pendientes ciertas rectificaciones y liquidaciones pedidas por el actor, no dió lugar al recurso, estableciendo la doctrina de que no se habían infringido los artículos citados, *porque no puede conceptuarse extinguida una sociedad mientras no resulten cumplidas todas las obligaciones correspondientes al objeto de la misma.*

Se ha censurado por algunos la inclusión en el capítulo destinado á la regulación de las obligaciones de los socios entre sí, de los dos artículos que son objeto del presente comentario, por entender que, limitados sus preceptos á fijar el tiempo de duración de la sociedad, estaban fuera de lugar en dicho capítulo, estimando que hubiera sido más acertado seguir el ejemplo que suministra el Código portugués, el cual contiene una sección especial consagrada á la duración y extinción de la sociedad, en el primero de cuyos artículos, ó sea en el 1275, se establece el principio de que la sociedad comienza desde la celebración del contrato, si otra cosa no se hubiere acordado. Pero basta tener en cuenta que las obligaciones de los socios principian cuando la sociedad comienza y subsisten mientras la misma dura, para que se comprenda la relación que tiene la determinación de dicha duración con la materia objeto de este capítulo y el interés que entrañan las disposiciones de los dos artículos que examinamos, para saber cuándo empiezan y hasta cuándo subsisten las obligaciones que los socios tienen entre sí.

III.—*Concordancias.*

El Código civil francés, en sus arts. 1843 y 1844, establece los mismos preceptos, y lo propio sucede con los 1707 y 1708 del italiano, y los 2394 y 2395 del de Méjico. Concuerdan también, respectivamente, los artículos de que nos ocupamos con los 1661 y 1662 del Código de Holanda, 2824 y 2825 del de la Luisiana, 2019 y 2020 del de Veracruz-Llave, 1843 y 1844 del de Bélgica, 1585 y 1586 del de Guatemala, 1848 del del Uruguay, 2091 del de Colombia, 2065 del de Chile, 2262 y 2263 del de la Baja California, 1320 y 1321 del de Vaud, 2394 y 2395 de los de Méjico y Campeche, 1715 y 1716 del de Nápoles y 1866 y 1867 del Sardo.

ARTÍCULO 1681

Cada uno es deudor á la sociedad de lo que ha prometido aportar á ella.

Queda también sujeto á la evicción en cuanto á las cosas ciertas y determinadas que haya aportado á la sociedad, en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador.

ARTÍCULO 1682

El socio que se ha obligado á aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además los daños que hubiese causado.

Lo mismo tiene lugar respecto á las sumas que hubiese tomado de la caja social, principiando á contarse los intereses desde el día en que las tomó para su beneficio particular.

ARTÍCULO 1683

El socio industrial debe á la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto á la misma.

Estos tres artículos regulan la principal obligación que los socios tienen con relación al capital, que, según dejamos dicho, son las que constituyen el primer grupo de los en que se subdividen las relaciones jurídicas de los socios entre sí.

La primera obligación de los socios es la de aportar á la sociedad aquello á que se comprometieron, pues desde el momento en que se constituye la socieded cada uno de los contratantes es deudor á ella de lo que hubiere prometido aportar á la misma, según se prescribe en el párrafo 1.º del art. 1.º de los que comprende este comentario.

Esta obligación, aunque sin precedente concreto en el antiguo derecho, surge de la esencia misma del contrato de sociedad, puesto que, como dice el art. 1665 del Código, conforme con el concepto que siempre ha merecido dicho contrato en nuestra legislación, por él se obligan los que le celebran á poner en común dinero, bienes ó industria. Por lo tanto, en primer lugar, están obligados los socios á hacer efectiva su respectiva aportación.

Esta puede consistir en dinero ú otra clase de bienes y en trabajo ó industria. Esa distinta naturaleza de las cosas que pueden ser objeto de aportación, origina la división de los socios en capitalistas é industriales, consistiendo la obligación de los primeros en llevar al acervo social las cantidades ó bienes que deben poner en común, y la de los segundos en prestar el trabajo convenido. A los primeros se refieren los arts. 1681 y 1682, y á los segundos el 1683. Y aunque el fundamento de ambas obligaciones es el mismo, conviene que nos ocupemos por separado de ellas.

I.—*Aportación de capital.*

La aportación de capital puede consistir, según el art. 1665, en dinero ó en bienes, y en esta última pueden ser aportados los bienes en propiedad ó tan sólo para su goce y aprovechamiento. Las consecuencias jurídicas en cada uno de dichos casos son dis-

tintas, y esto impone la necesidad de examinarlas independientemente y con la debida distinción para la mayor claridad en su inteligencia.

§ 1.º—*Aportación de dinero.*

Siendo todo socio deudor á la sociedad, con arreglo al artículo 1681, de lo que hubiere prometido aportar á ella, y surtiendo sus efectos la sociedad, conforme al art. 1679, desde el momento mismo de la celebración del contrato, es indudable que, de no haberse pactado otra cosa en contrario, viene obligado desde dicho momento á entrar en el fondo común la cantidad ofrecida el socio que se hubiere comprometido á aportar una suma en dinero. Si, por el contrario, se hubiese fijado día para hacer la aportación, desde esa fecha está obligado á hacer la entrega de la misma sin necesidad de previa reclamación. Y tanto en uno como en otro caso, el socio que no hiciere efectiva su aportación cuando debiera hacerlo, será de derecho deudor de los intereses correspondientes desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además los daños que por su omisión se hubieren causado.

Así se dispone en el párrafo 1.º del art. 1682, en el que justamente se ha establecido la oportuna distinción entre el abono de los intereses debidos por el socio en el concepto de perjuicio producido por la falta de la puntual aportación, del resarcimiento ó reparación del daño directamente exigible por el incumplimiento de su obligación. Este doble orden de responsabilidades es consecuencia del precepto general del art. 1686, cuyo carácter amplísimo no admite excepción alguna, y en su virtud, todo daño y todo perjuicio que por culpa de un socio sufra la sociedad, ya provenga de retraso en la efectividad de la aportación ya de otra causa cualquiera, debe ser reparado por el que diere ocasión á él.

Mas al presente sólo debemos ocuparnos de los intereses debidos por razón de la mora en la aportación, dejando para su lugar propio el examen de las demás indemnizaciones, que son consecuencia del precepto del art. 1686 antes citado.

Según el art. 1682, esos intereses se deben desde el día en que había de ser aportada la suma en dinero que el socio moroso se comprometió á poner en común. Esta disposición está conforme con el principio consignado en el art. 1108, de que la indemnización debida por mora cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, está representada por el abono correspondiente; pero á su vez modifica el precepto del art. 1100, en cuanto establece que los intereses se deben desde el día en que debió tener efecto la aportación, y no desde que se exija judicial ó extrajudicialmente el cumplimiento de dicha obligación que es cuando legalmente se incurre en mora conforme á dicho artículo.

La razón de esta diferencia consiste en que el asociado debe los intereses de su aportación, en dicho caso, *de pleno derecho*, como dicen los Códigos francés (1), italiano (2), y algunos otros, ó *de derecho*, como expresa el nuestro, y por lo tanto, para que surja la obligación de prestarlos, no es necesaria demanda ni interpelación ninguna, porque dicha obligación no nace como los demás intereses de demora de la reclamación del cumplimiento de la prestación, por el acreedor ó por el que tiene derecho á su exigencia, sino del hecho mismo del retraso en la aportación, pues son debidos por ministerio de la ley ó *de derecho*.

Esta excepción se funda en la naturaleza misma del contrato de sociedad, porque si en los demás casos no se adeudan los intereses de mora más que á partir de la reclamación judicial ó extrajudicial, es por ser necesaria esa interpelación para hacer constar el perjuicio que el acreedor ó sujeto activo de derecho sufre por la inejecución de la obligación que debió cumplir el sujeto pasivo de la relación jurídica de que derive la misma; pero en la sociedad es constante el perjuicio por la naturaleza misma del contrato. En efecto; la sociedad no se forma para que permanezcan estériles los capitales que han de constituir

(1) Véase el art. 1846.
(2) Véase el art. 1710.

el feudo social, sino para especular con las aportaciones y con el fin de obtener de ellas el más pronto y mayor fruto posible, mediante la especulación, que es su objeto; y por consiguiente, por el mero hecho de no entrar en la masa común la suma que uno de los socios debió aportar, deja de percibir la sociedad los beneficios que dicha suma debió producir, perjudicando el fin social el socio que retiene su aportación, y rompiendo además la igualdad de condiciones que debe existir entre los socios. El perjuicio es, pues, constante, y en tal concepto, debe tener lugar la indemnización desde el momento en que éste comienza, que es desde que deja de ser entregada la cantidad prometida.

Como excepción que es esta regla de la disposición contenida en el art. 1100, antes citado, no puede extenderse su aplicación á otros casos más que á los expresamente determinados por la ley. Estos casos se limitan á los dos consignados en el art. 1682, á saber:

1.º Cuando el socio obligado á aportar una suma en dinero no la aporta en el tiempo en que debe hacerlo, que es el supuesto que hasta aquí hemos venido examinando; y

2.º Cuando un socio toma de la caja social alguna cantidad para su beneficio particular; cuyo caso lo equipara la ley al anterior, disponiendo que en él se deben también *de derecho* los intereses, los cuales principiarán á contarse desde el día en que hubiese tomado dicha cantidad con tal objeto.

Esta equiparación es perfectamente racional y lógica, pues así como en el supuesto precedente el socio que deja de ingresar en la caja social su aportación en dinero, causa un perjuicio constante á la sociedad desde el día en que dejó de cumplir dicha obligación, del mismo modo el asociado que retira de dicha caja una suma perteneciente á la colectividad para invertirla en su propio y personal provecho, se opone también al fin social y contraría su cumplimiento privando á la sociedad de uno de los medios con que cuenta para conseguirlo, con tanto más motivo, cuanto que, según dice Ricci, el socio que retiene una suma social, á la vez que priva á los demás asociados de las utilidades

que su empleo pudiera producir, participa él de las ventajas que la sociedad obtiene de las otras sumas ingresadas por los demás socios á quienes perjudica. Encontrándose, pues, en identidad de circunstancias ambos casos, igual debía ser la disposición legal para los mismos, y por eso el Código ha comprendido á los dos en el mismo artículo.

Aunque en la antigua legislación no existía precepto expreso que ordenara lo mismo, era, sin embargo, doctrina corriente la que imponía análoga obligación al socio que incurriera en dicho segundo caso. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Julio de 1897, en la que se establece que es doctrina admitida antes de la publicación del Código civil, y hoy precepto legal del mismo, que el socio que toma alguna suma de la caja social para su beneficio particular, debe abonar intereses desde el día en que la tomó, devengándose aquéllos por razón de su origen, y sin que esta obligación pueda depender de la circunstancia de que sea ó no conocido el importe de la cantidad tomada, pues ese extremo puede esclarecerse al hacerse la oportuna liquidación; y que la sentencia que no se conforma con dicha doctrina, infringe el citado art. 1682 del Código civil y las leyes 3.ª, 7.ª, 13 y 17 del tít. 10 de la Partida 5.ª, y la regla 17, tít. 34 de la Partida 7.ª, que con dicho artículo habían sido citadas como infringidas por la sentencia recurrida.

El artículo mencionado, consigna el principio de que se deben intereses desde las fechas indicadas en el mismo, por los que se encuentren en alguno de los casos que comprende, mas no dice qué intereses sean los que deben satisfacerse; pero, aunque algún expositor ha censurado esa omisión, entendemos que no puede suscitarse duda alguna sobre esto, pues no existiendo disposición en contrario, hay que estar á la regla general fijada en el art. 1108, y con arreglo á ella, los intereses debidos serán los estipulados, si existiere convenio acerca de éstos, y á falta de pacto expreso, el interés legal, ó sea el 5 por 100, según el art. 1.º de la ley de 2 de Agosto de 1899.

Otra cuestión han suscitado los tratadistas, aunque no con

relación á nuestro derecho sino con referencia al 1846 del Código francés, equivalente al 1682 del nuestro.

Con tal motivo se ha dicho: Si los socios que retienen su aportación ó los que toman para su provecho personal alguna suma de la caja social, deben esos intereses por razón del perjuicio que ocasionan á la sociedad privándola de las ganancias que por su empleo pudiera reportar, ¿estarán exentos de dicha obligación si se probare que por tales actos no se había causado perjuicio alguno á la sociedad?

Nuestros Tribunales no han tenido que intervenir en esta cuestión; pero sí la jurisprudencia francesa, la cual declaró (1) que el asociado estaba, sin embargo, obligado á pagar intereses en dicho caso. Comentando esta resolución Laurent, dice que el Tribunal juzgó bien ateniéndose al texto de la ley cuyos términos son absolutos, como sucede en la nuestra, y que los motivos que la doctrina dé para justificar una disposición, no autorizan al Juez para restringir la aplicación de la ley dentro de los límites de dichos motivos, porque la doctrina no tiene fuerza de ley.

Otro precepto contiene el art. 1682, segundo de los que son objeto de este comentario, que parece estar también en contradicción con los principios generales en nuestro derecho.

En efecto; el art. 1108 del Código establece en términos absolutos que la indemnización debida por el incumplimiento de una obligación, consistente en el pago de una cantidad en dinero, se limita al abono de los intereses convenidos ó del interés legal á falta de convenio sobre ellos; y separándose de dicha regla el art. 1682, previene que á más de dichos intereses, debe indemnizar el socio, que se encontrare en alguno de los dos casos antes citados, los daños que hubiere causado por retener su aportación en dinero ó por haber tomado de la caja social alguna cantidad para su provecho personal.

Están conformes todos los tratadistas en que la amplitud de

(1) Aix, 1.° de Mayo de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 219).

responsabilidad que esta excepción autoriza, está justificada por la naturaleza del contrato de sociedad, pues no se forma ésta para obtener tan sólo el interés legal de las aportaciones puestas en común, porque entonces no tendría razón de ser su formación, pudiéndose retirar el mismo beneficio sin ella, sino para producir una ganancia mayor que el provecho que ordinariamente dan á los socios sus capitales individualmente empleados. En este supuesto, el perjuicio que la sociedad sufre por no poder disponer de esas sumas es, pues, mayor que el interés legal y el corriente, y por eso la ley ha tenido que dar derecho á los asociados para una mayor reparación. Además, se ha dicho (1), si no sucede lo mismo en los demás contratos cuando estos tienen por objeto una suma de dinero, es porque resulta imposible evaluar el importe del daño sufrido por el retardo en el pago; pero este motivo no existe en la sociedad, porque el objeto de la misma indica el empleo que las partes habrían hecho de esos fondos, y, por lo tanto, es fácil de calcular el daño que la sociedad sufre cuando no puede hacer este empleo.

Análogas razones da Ricci (2), el cual propone también otra cuestión que, aun cuando no sea frecuente, conviene indicar, porque nuestro derecho no de solución á ella de una manera expresa y preceptiva.

Dicho autor pregunta: si el provecho que el socio haya obtenido del dinero común empleado por su cuenta es mayor que el interés legal y que el daño que la sociedad haya sufrido por no haber podido disponer de dicha suma, ¿á quién pertenecerá la diferencia? ¿Tendrán los socios derecho á una cantidad igual á la utilidad obtenida por el socio que empleó en uso propio el dinero de la sociedad? La contestación dada por Ricci, con la cual estamos desde luego conformes, es negativa, como no podía menos de serlo, fundándose para ello en que el derecho de los socios en dicho caso consiste en exigir el interés legal con más el

(1) Duranton, tomo 17, pág 400, núm. 398.
(2) Volumen 9.°, págs. 33 y 34.

resarcimiento del daño si el perjuicio sufrido fuere mayor que dicho interés; pero fuera de estos límites cesa su derecho, ya porque la ley no otorga á ellos uno mayor, ya porque habiéndose hecho el empleo del dinero por cuenta exclusiva del socio que le ha tomado de la caja común, así como corren á su cargo las pérdidas que puede producir ese empleo, debe también aprovecharse de las utilidades que no son solamente el resultado del dinero, sino más aun del acierto y de la inteligencia del socio al emplearlo en objetos extraños á la sociedad, y referentes á él sólo exclusivamente.

Dicha solución es perfectamente adaptable á nuestro derecho, pues las circunstancias son idénticas, y la misma la razón legal que sirve de fundamento á la doctrina.

De todo lo expuesto podemos deducir como conclusión, que los socios en el caso expuesto tienen, con relación al capital, las obligaciones siguientes:

1.ª Aportar desde luego, ó en la fecha convenida, la cantidad que se comprometieron á poner en común.

2.ª Abonar el interés convenido ó el legal en otro caso, desde la fecha en que debió hacerse dicha aportación, si no la realizaron á su debido tiempo.

3.ª Abonar también dichos intereses en el caso de que hubieren tomado de la caja social alguna cantidad para emplearla en su personal provecho desde el día en que la tomaron con dicho objeto; y

4.ª Indemnizar en uno y otro caso los daños que hubieren causado á la sociedad por haber retenido ó retrasado la aportación, ó por haber empleado en su exclusivo beneficio alguna suma del fondo social.

§ 2.º—*Aportación de bienes.*

Según tenemos indicado ya, los bienes pueden ser aportados en propiedad ó sólo para su goce y aprovechamiento.

En el primero de dichos casos, como desde que comienza la sociedad, es deudor á ella el socio de aquello que prometió apor-

tar, á menos de que no se fijara expresamente otra época para ello, es de todo punto indudable que desde luego viene obligado á entregar los bienes determinados que se comprometió á poner en común, desprendiéndose de su dominio para pasar á la propiedad común de los socios.

En el segundo caso, el socio cumple con aportar los bienes sin desprenderse de su dominio para que la sociedad haga de ellos el uso correspondiente, y á la misma pertenecen todos los frutos y ganancias obtenidas por el empleo de dichos bienes.

Y tanto en uno como en otro de los casos citados, está sujeto á la evicción, en cuanto á las cosas ciertas y determinadas que hubiere aportado á la sociedad, en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador.

Esta última obligación es consecuencia del carácter propio del contrato de sociedad. En efecto; éste es uno de los llamados onerosos, y, como todos los demás de su clase, debe producir los mismos efectos propios de dichos contratos, respecto de los derechos y obligaciones nacidos de ellos. Así es, que aun cuando en el Derecho romano y lo mismo en nuestra legislación anterior al Código, no existía disposición expresa alguna que estableciera la evicción en el contrato de sociedad, se consideraba subsistente dicha obligación, porque el espíritu de dichas legislaciones era que se prestase la evicción en todos los contratos onerosos. Al establecer, pues, el art. 1681 del nuevo cuerpo legal el precepto consignado en su párrafo 2.°, se ha ajustado, por lo tanto, á la doctrina corriente y además ha venido á hacer imposible toda duda sobre dicho punto.

Esa disposición está en relación con los arts. 1461 y el 1471 y siguientes, toda vez que equipara al socio aportador de cosas ciertas y determinadas, con el vendedor, imponiéndole la obligación de eviccionar en los mismos casos y en las mismas formas que á éste.

Ténganse dichos artículos como complemento de esta disposición y véase lo expuesto acerca de ellos al comentarlos, lo cual

damos aquí por reproducido para evitar repeticiones, toda vez que lo consignado entonces tiene perfecta aplicación para regular la efectividad de la indicada obligación.

Tres cuestiones puede suscitar el incumplimiento de la obligación impuesta á los socios de aportar los bienes que se comprometieron á poner en común y podemos concretarlas en los siguientes términos:

1.ª ¿Cuál será la responsabilidad en que incurre el socio que deja de aportar los bienes prometidos en el tiempo en que debió hacerlo?

2.ª ¿A quién corresponderán los frutos de los bienes que dejare de aportar el socio obligado á hacerlo?

3.ª ¿Quién debe soportar el riesgo que sufran los bienes retenidos por el socio obligado á ponerlos en común?

a) A la primera de dichas cuestiones da solución el art. 1686 del Código, cuyo precepto es tan general y absoluto que comprende todos los daños que la sociedad sufra por culpa de cualquiera de los socios. Por lo tanto, si á la sociedad se le originan daños y perjuicios por no poder emplear esos bienes, ni aprovecharse de sus frutos ó de las ganancias obtenidas mediante ellos, vendrá obligado á indemnizarlos el socio que dejò de aportar los bienes indicados, porque por un acto suyo ó por su culpa se dió ocasión á ellos. Se encuentra, pues, dicho socio en el mismo caso que el que retiene la aportación que está obligado á hacer en dinero y causa por tal motivo algún daño á la sociedad, siendo aplicable á ambos lo que tenemos dicho respecto de éste.

b) En cuanto á la segunda de dichas cuestiones, no existe completa conformidad entre los tratadistas respecto de algunos de los varios aspectos que la misma ofrece.

Las cosas producen para su dueño, según un principio general de derecho respetado por nuestro Código, y, por lo tanto, á aquel que con arreglo á la ley sea dueño de los bienes retenidos por el socio moroso, corresponderán los frutos de los mismos, producidos desde que debió aportarlos á la sociedad. Esto obliga á examinar á quién pertenezcan dichos bienes desde que el socio

debió ponerlos en común, ó lo que es lo mismo, cómo y desde cuándo se transfiere el dominio de dichos bienes.

El socio obligado á aportar bienes en propiedad, se desprende, como hemos dicho, de su dominio exclusivo en beneficio de la colectividad desde el momento en que la sociedad comienza, si no se ha fijado otra fecha para ello, pues desde entonces es deudor á la sociedad de aquello á que se comprometió. Como ha dicho un autor, él no se despoja en absoluto de la propiedad, pues si bien deja de ser propietario único, retiene un derecho de copropiedad, convirtiéndose en un condueño *proindiviso* con los demás socios. Esa transmisión del dominio tiene lugar por efecto del contrato, y en su virtud, no habiendo pacto en contrario, desde que éste queda perfeccionado, los socios adquieren la condición de condueños de los bienes que han de ponerse en común. Ya dijimos, al ocuparnos del art. 1679, cuando se perfecciona el contrato de sociedad, y no necesitamos repetirlo ahora.

Desde ese momento comienza la sociedad, si no se ha pactado otra cosa, y desde entonces, todos los socios, incluso el aportador, son dueños de dichos bienes aunque no haya tenido lugar la tradición de los mismos; y aunque los retenga en su poder el socio por no haberlos aportado á su debido tiempo, no los posee en concepto de único y exclusivo propietario, sino que el dominio radica en la masa común de los socios, y, por lo tanto, á éstos corresponderán los frutos producidos por los referidos bienes desde el momento en que se transfirió á ellos el dominio de los mismos.

Además, según el art. 1095, el acreedor tiene derecho á los frutos desde que nace la obligación de entregar la cosa que los produce, y surgiendo esa obligación desde la celebración del contrato, conforme al art. 1679, es indudable que desde ese momento tiene derecho á ellos la sociedad acreedora de la aportación.

Pero aparte de estas consideraciones, deducidas de la norma general en la materia, existe precepto en el Código, que por razón de analogía resuelve la cuestión indicada. En efecto; el mis-

mo equipara al socio aportador de bienes en propiedad con el vendedor y le impone las mismas obligaciones que á éste, no sólo para la evicción, sino para los demás efectos del contrato. Esto sentado, como el art. 1468, en su párrafo tercero, establece, de acuerdo con el principio consignado en la ley 28, tít. 5.º de la Partida 5.ª, que todos los frutos de las cosas vendidas pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato, siendo el fundamento legal de dicha disposición la transmisión del dominio efectuada desde entonces, resulta evidente que por identidad de razón habrán de pertenecer á los socios los de los bienes aportables desde que por la perfección del contrato de sociedad pasó á los mismos la copropiedad de dichos bienes.

Hasta aquí no hay dificultad alguna, y todas las opiniones están conformes en que los frutos percibidos por el asociado pertenecen á la sociedad, toda vez que los frutos pertenecen al propietario por derecho, y el dueño de los bienes que los producen es la sociedad desde el instante de la perfección del contrato. Pero en la aplicación de este principio difieren los tratadistas.

En primer lugar, están en desacuerdo acerca de si esos frutos se deben de derecho y debe dar cuenta de ellos el socio que retiene dichos bienes, ó si, por el contrario, es necesario que exista una previa reclamación por parte de la sociedad de los bienes que debieron ser aportados. De esta última opinión son Potthier (1), Duvergier (2), Troplong (3) y algunos otros, y conforme con ellos Laurent, entiende que el art. 1846 del Código francés, igual al 1682 del nuestro, no puede ser aplicado á los frutos, porque el texto del mismo sólo se refiere á la aportación consistente en una suma de dinero, y que siendo especiales la regla á que se refiere y la excepción que establece respecto de ella, hay que dejarlas á un lado para atenerse á los principios

(1) *De la société*, núm. 115.
(2) Pág. 194, núm. 152.
(3) Número 531.

generales (1). Pero respetando, como no podemos menos de respetar, la opinión de tan autorizados jurisconsultos, entendemos que no existe razón alguna jurídica para establecer esa diferencia, pues el aportador de bienes se encuentra en el mismo caso que el aportador de dinero. Los intereses debidos por éste son los frutos del capital que debió poner en común, como los frutos de los bienes retenidos son el producto ó el interés que los mismos debieron rendir para la sociedad, y así como los primeros se deben de derecho, sin necesidad de demanda ni interpelación alguna, del mismo modo son debidos los segundos desde el instante que los bienes pasaron á ser propiedad de la sociedad, entendiéndose por ésta la colectividad de los socios copropietarios. Esto es lo que está conforme con el espíritu de la ley, pues en uno y otro caso la sociedad sufre un perjuicio que debe ser indemnizado, y no es justo que en el primero obtenga de derecho esa reparación, y en el segundo necesite preceder para ello una previa reclamación, hasta el punto de que de no preceder ésta, no venga obligado á indemnizar el socio incumplidor de su obligación.

Difieren también los autores en si los frutos de que debe responder el asociado son tan sólo los producidos ó también los debidos producir; pero entendemos que en nuestro derecho no puede ofrecer duda esta cuestión, la cual se resuelve fácilmente por las reglas generales del mismo y por el precepto del art. 1686 del Código.

c) Respecto de la tercera de las cuestiones expuestas, ó sea á cargo de quien corre el riesgo de los bienes dejados de aportar, hicimos ya las indicaciones oportunas al examinar el artículo 1679, y no hemos de insistir ahora sobre ello para no dar mayor extensión á este comentario. El socio que retiene en su poder los bienes que debió aportar en propiedad, está obligado á conservarlos con los cuidados de un buen padre de familia, y esta indicación bastará para dar la solución, puesto que para

(1) Volumen 26, pág. 264.

regular los efectos del contrato de sociedad y las relaciones jurídicas derivadas del mismo, hay que aplicar las prescripciones del derecho común en tanto que no lo deroguen las especiales estipulaciones del mismo.

Si el socio no estuviere obligado á aportar los bienes en propiedad, sino para su goce y aprovechamiento, las consecuencias serían las mismas en esta y en las cuestiones precedentes, pues los frutos de dichos bienes pasarían desde luego á ser propiedad de los socios desde que debieron ser aportados, y si bien el riesgo que corrieran los bienes retenidos habría de soportarlo el socio propietario, siempre resultaria que por el incumplimiento de su obligación de aportarlos, se habría ocasionado un daño real y efectivo á la sociedad que no había podido aprovecharse de ello, cuyo daño tendría que ser reparado con arreglo al art. 1686.

Renunciando á más extensa demostración, en razón á la necesaria brevedad, podemos deducir, como conclusión, que el socio que se hubiere comprometido á aportar bienes á la sociedad, tiene, con relación al capital de la misma, las obligaciones siguientes:

1.ª Aportar desde el comienzo de la sociedad, ó cuando se hubiere establecido, los bienes que se comprometió á poner en común.

2.ª Prestar la oportuna evicción á los demás socios respecto de las cosas ciertas y determinadas que hubiere aportado.

3.ª Responder á la sociedad de los frutos de los bienes cuya aportación demorasen, á contar desde que debió aportarlos hasta el momento de su entrega, y dar razón ó cuenta de ellos á los demás socios sin necesidad de reclamación ni de interpelación alguna.

4.ª Conservar dichos bienes con el cuidado de un buen padre de familia; y

5.ª Indemnizar á la sociedad de cualquier daño que se hubiere ocasionado á la sociedad por la retención de dichos bienes ó por el retardo de su aportación.

II.—*Aportación de industria.*

El socio industrial, dice el art. 1683, debe á la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto á la misma. Este precepto es consecuencia de la disposición contenida en el art. 1675, y desde luego se comprende que, conforme al art. 1679, esas ganancias se deben, cuando no se ha pactado otra cosa, desde el momento mismo de la celebración del contrato, que es cuando comienza la sociedad, en el caso de que no se haya estipulado otra época para ello.

Y si el socio industrial obligado á prestar su industria no lo hiciere, ¿qué responsabilidad contraerá? Según el art. 1686, obligado estará á indemnizar á la sociedad todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado á consecuencia del incumplimiento de su obligación.

Esa responsabilidad está, además, conforme con la establecída en términos generales para toda clase de obligaciones, y principalmente para las que consistan en hacer alguna cosa, por el art. 1101 del Código, al disponer que quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios que causaren los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, *negligencia* y *morosidad*, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

El art. 1683, último de los que son objeto de este comentario, requiere para su debida inteligencia alguna más detenida explicación. Dícese en él que las ganancias debidas por el socio industrial son las obtenidas en el ramo de industria objeto de la sociedad, y esta limitación del precepto pudiera hacer infundadamente creer que sólo se refiere al caso en que la sociedad tenga por único fin una explotación ó industria determinada, excluyendo de su disposición la universal de ganancias á que se refiere el art. 1675, lo cual no es cierto. El socio industrial puede aportar á la sociedad su trabajo ó industria para una ex-

plotación determinada, ó llevar, por el contrario, á ella todas las ganancias que adquiera por su trabajo ó industria, aplicado á cualquiera clase de explotación que lleve á efecto durante la vida de la sociedad formada.

En el primer caso sólo debe las ganancias obtenidas en el ramo de industria que constituye el objeto de la sociedad, porque todo lo que no esté dentro de los límites de dicho objeto cae fuera de la sociedad. Por el contrario, cuando en el contrato no se determina la clase de industria que deba ser objeto de la misma, se entiende que comprende todo trabajo ó industria, y, por lo tanto, la obligación del socio es de aportar á aquélla todo cuanto por dichos medios hubiere ganado.

De la disposición legal citada se deriva la consecuencia de que el socio que se hubiese obligado á aportar las ganancias obtenidas en un ramo determinado de la industria, no puede ejercer esa misma industria por cuenta propia, sino única y exclusivamente por cuenta de la sociedad.

Pero ¿podrá ejercer otra distinta con independencia de la sociedad? Indudablemente sí puede hacerlo cuando sólo se obligó á aportar su trabajo ó industria para un ramo ó explotación determinada; pero si no se hizo dicha determinación, de ningún modo podrá emplear su actividad más que en provecho de la sociedad.

En esto están conformes todos los autores. Sin embargo, no está exenta de impugnación dicha doctrina, porque si bien es cierto que el socio industrial, que ejerce por su propia cuenta otra industria que la explotada por la sociedad de que forma parte, puede consagrar toda su actividad á la primera, descuidando su cooperación industrial en la segunda, y perjudicando con ello á dicha sociedad, pudiera estimarse que esto no debería ser razón bastante para privarle de dicha facultad, porque en ese caso el abandono que hiciera de la industria ejercida por cuenta de aquélla constituiría una violación de las obligaciones contraídas por el socio industrial, puesto que no las cumpliría exactamente, y ese incumplimiento daría lugar á la indemniza-

ción debida por el daño motivado por haber perdido los socios las utilidades que debieron obtener de la industria ejercida por cuenta de la sociedad, y que se hubieran obtenido si el socio industrial hubiera puesto el cuidado y la diligencia que debió poner en el cumplimiento de sus obligaciones.

La razón de ser distintas las responsabilidades de dicho socio de las de los obligados á aportar dinero ó demás clases de bienes, depende de la especial naturaleza de su aportación. En efecto; el asociado que sólo se compromete á poner en común su industria, contrae una obligación de hacer, y los otros una obligación de dar, y se rigen, por lo tanto, por principios distintos.

Réstanos indicar que el socio que aporta á la sociedad su industria puede conferir también á ella el nombre ó la razón bajo la cual sea ejercida dicha industria. En este caso, mientras dure la sociedad, sólo ésta puede gozar del crédito propio de la reputación y del nombre ó razón industrial con que fuere ejercida dicha industria; pero una vez disuelta, el nombre ó la razón indicada pertenece al socio que le aportó, y sólo él tiene derecho á usarle, porque ese nombre ó esa razón es un accesorio del trabajo del socio industrial, y al recobrar su trabajo ó industria, recobra también su nombre ó la razón con que ejercía su actividad. Así lo ha resuelto la casación francesa en sentencia de 6 de Junio de 1859 (1).

Las obligaciones del socio industrial con relación al capital, pueden condensarse por lo expuesto en los siguientes términos:

1.ª Aportar á la sociedad todas las ganancias que durante ella hubiere obtenido en el ramo de industria objeto de la misma, y si no se hubiere expresado dicho objeto, deberá aportar todas las que obtenga por cualquier clase de trabajo ó industria mientras dure la sociedad.

2.ª No desempeñar por cuenta propia la misma industria ejercida por cuenta de la sociedad mientras ésta dure, ó ningún

(1) Dalloz, 1859, 1, 248.

trabajo ó industria con independencia de la sociedad, si en la constitución de la misma no se expresó como objeto especial de ella ninguna industria determinada.

3.ª No dejar de prestar á la industria objeto de la sociedad todo el cuidado y diligencia debidos en el caso de ejercer otra por cuenta propia, para que no se infiera perjuicio á aquélla por su falta de actividad ó de cooperación.

4.ª Indemnizar á la sociedad del daño que por su falta de actividad ó interés ó por cualquier otro motivo se ocasionare á la misma por culpa de dicho socio.

III.—*Concordancias.*—El art. 1681 de nuestro Código civil, concuerda con los arts. 1845 del Código francés y del belga, 1709 del italiano, 1251 y 1252 del portugués, 2396 y 2398 del mejicano, 2264 y 2266 del de la Baja California, 1714 del napolitano, 1663 del holandés, 1849 del de Bolivia, 189 del de Prusia, 1687 del de Guatemala, 2021 y 2022 del de Veracruz-Llave, 2827 y 2828 del de la Luisiana, 1866 del Sardo, 1322 del de Vaud, 1866 del de Uruguay, 1721 y 1722 del de la República Argentina, y 2396 y 2398 del de Méjico.

El Código alemán vigente, reproduciendo el precepto del artículo 189 del prusiano, establece en su art. 706 un principio que no encontramos en los demás Códigos, cual es el de que, «salvo convenio en contrario los asociados deberán hacer iguales aportaciones»; principio tan justo y conforme á la igualdad que debe presidir entre todos los socios, que quizás por su misma sencillez y justicia, se hayan considerado dispensadas de consignarlo las demás legislaciones. Complemento de dicho precepto es el art. 707 del mismo Código, según el que no están obligados los socios á aumentar su aportación ni á completar el fondo social que se hubiere disminuído por pérdidas que hubieren sobrevenido en el curso de los negocios de la sociedad, cuya doctrina está conforme con la mantenida en nuestro derecho, pues el artículo 1681 sólo obliga á los asociados á aportar aquello á que se comprometieron ó que hubieren prometido aportar y no ninguna ampliación ó suplemento del capital aportado,

para completar el fondo social en caso de disminución por pérdidas.

El art. 1682 concuerda á su vez con los siguientes 1846 del Código francés y del belga, 1710 del italiano, 1253 y 2254 del portugués, 2399 y 2400 del mejicano y del de Campeche, 1850 del de Bolivia, 1663 del holandés, 2829 del de la Luisiana, 1718 del napolitano, 1323 del de Vaud, 1789 del de Guatemala, 2024 del de Veracruz-Llave, 1867 del del Uruguay, 2267 y 2268 del de la Baja California, 1718 del de Nápoles y 1869 del Sardo.

Y, por último, el art. 1683 concuerda con los artículos 1847 de los Códigos francés y belga, 1711 del italiano, 1255 del portugués, 2401 del mejicano y del de Campeche, párrafo 3.º del 706 del alemán, 1665 del holandés, 2830 del de la Luisiana, 1719 del napolitano, 1870 del Sardo, 1324 del de Vaud, 1851 del de Bolivia, 1874 del del Uruguay, 2025 del de Veracruz-Llave, 1790 del de Guatemala, 2083 del de Chile, en su apartado 2.º, 1727 del de la República Argentina y 2269 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1684

Cuando un socio autorizado para administrar cobra una cantidad exigible, que le era debida en su propio nombre, de una persona que debía á la sociedad otra cantidad también exigible, debe imputarse lo cobrado en los dos créditos á proporción de su importe, aunque hubiese dado el recibo por cuenta de sólo su haber; pero, si lo hubiere dado por cuenta del haber social, se imputará todo en éste.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de que el deudor pueda usar de la facultad que se le concede en el art. 1172, en el solo caso de que el crédito personal del socio le sea más oneroso.

En el comentario anterior nos hemos ocupado de las obligaciones que los socios tienen con relación á la aportación que se comprometieron á llevar á la sociedad ó á poner en común en

ella, que es la primera y principal de las obligaciones que los mismos contraen en cuanto al capital social.

En este artículo y en los siguientes se tratan de otras que pueden contraerse después de constituída la sociedad durante el curso y desenvolvimiento de las operaciones sociales, y en especial, la que es objeto del precepto de este artículo, se contrae á las que los socios tienen entre sí con relación al ejercicio de la administración de la misma. Sin embargo, se refiere también al capital, y por eso el Código la intercala entre las del primero de los grupos en que hemos dividido las obligaciones citadas.

Sin desconocer el derecho del socio administrador, tiende este artículo á la defensa de los intereses sociales y á impedir la contingencia de que aquél los posponga á los suyos propios, con daño de los consocios y con violación notoria del fin y objeto del contrato de sociedad.

La disposición contenida en el párrafo 1.º no tiene precedente alguno en la legislación romana ni en nuestro derecho anterior al Código, pero los legisladores franceses la establecieron en el art. 1848 del Código civil y de él la tomaron otras legislaciones extranjeras, y nuestro proyecto de Código de 1851, copiándola literalmente.

La razón fundamental de dicho precepto consiste en que la buena fe no permite que el socio encargado de la administración se ocupe menos del interés de la sociedad que del suyo propio, y que deje de activar el cobro del crédito de la sociedad para gestionar la efectividad del suyo.

Como sus términos lo indican, dicho precepto sólo puede tener aplicación respecto al socio ó socios autorizados para administrar y que realmente administren la sociedad, y no á los demás en quienes no concurra esta circunstancia, puesto que no existe entonces el temor ó la sospecha de que pueda faltar á la buena fe.

La ley quiere que esa proporcional imputación á los dos créditos tenga lugar, aunque el socio administrador hubiere dado al deudor el recibo sólo por cuenta de su crédito, porque no debe

serle permitido hacerse pago con preferencia á la sociedad; y, por lo tanto, no queda libre de hacer á la misma el abono en la proporción correspondiente, debiendo entregar la parte respectiva, y constituyendo ésta, en su virtud, una nueva obligación que los socios pueden contraer con relación al capital.

El precepto consignado en el párrafo 2.º del presente artículo no se encuentra en todos los Códigos extranjeros; pero se halla plenamente justificado, porque no puede privarse al deudor de la facultad de imputar el pago al crédito que le sea más oneroso.

Este es un derecho que el art. 1174 concede á todo deudor que tuviere deudas de distinta especie, y aunque él no haga expresa imputación, deberá estimarse satisfecha la que fuere más onerosa al mismo entre todas las que estén vencidas. La circunstancia de ser una sociedad la personalidad acreedora de dichas deudas, no podía alterar esa regla de derecho tan ampliamente establecida, con tanto más motivo cuanto que en esta materia debe estarse á lo más favorable al deudor, y por lo tanto, había que respetar ese derecho que al mismo asiste para hacer la imputación cuando los créditos son de distinta especie ó diferentemente onerosos para el deudor, siendo esta la causa de haberse consignado expresamente dicho precepto.

Pero siendo la distinta condición del débito en uno y otro caso la razón legal de dicha disposición, desde luego se comprende que cuando no existiere esa diferencia, la imputación hecha á favor del crédito del socio administrador sería puramente voluntaria y casi siempre maliciosa, y de aquí que cuando los débitos sean igualmente onerosos ó de una misma condición, deberá estarse á la regla general establecida en el párrafo 1.º, prescindiendo de la facultad concedida, por vía de excepción, en el párrafo 2.º

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 1848 del Código francés y belga, el 1712 del italiano, 1256 del portugués, el 2402 y 2403 del mejicano y del de Champeche, 2270 y 2272 del de la Baja California, 2026 del de Veracruz-Llave, 1665 del

holandés, 2831 del de la Luisiana, 1720 del napolitano, 1871 del sardo, 1325 del de Vaud, 2092 del chileno, 2118 del de Colombia, 1875 del de Uruguay, 1852 del de Bolivia y 1728 del de la República argentina; y en cuanto á la disposicion del párrafo 2.°, concuerda á su vez con el 1256 del Código de Portugal y con el 2404 del de Méjico.

ARTÍCULO 1685

El socio que ha recibido por entero su parte en un crédito social sin que hayan cobrado la suya los demás socios, queda obligado, si el deudor cae después en insolvencia, á traer á la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado el recibo por sola su parte.

Una disposición análoga establecía la ley 15, tít. 10 de la Partida 5.ª, la cual, copiándolo de la legislación romana (1), consignaba idéntico precepto, si bien limitándolo, como la legislación citada, al caso en que el socio hubiese cobrado su crédito, no de un deudor distinto, sino del socio administrador que hubiese entregado á alguno de los socios, sin noticia y sin mandato de los demás, cierta porción de su crédito y luego no le quedase lo suficiente para dar igual parte á los demás, en cuyo caso obligaba á que se tornase á la compañía lo percibido y se partiese entre todos los compañeros.

La razón legal es la misma en ambos casos, fundándose dicho precepto en la comunidad de intereses, y proporcionalidad de las ganancias y pérdidas, que es la base sobre que se halla establecida en el derecho vigente como en el anterior, el contrato de sociedad, pues no sería justo que en una misma sociedad unos consiguieran más y otros menos.

Como se deduce de su mera lectura, el caso regulado por el presente artículo es bien diverso del que es objeto del anterior. En efecto; en el artículo precedente se trata de dos créditos dis-

---

(1) Véase ley 63, párrafo 3.°, tít. 2.°, libro 17 del Digesto.

tintos, uno á favor de la sociedad, y otro propio y personal del socio autorizado para administrar, mientras que en éste, el crédito es uno solo á favor de aquélla, del cual ha recibido el socio una parte equivalente á su cuota, y cayendo después en insolvencia el deudor, hasta el punto de que los otros socios no puedan conseguir la efectividad de su respectiva participación en dicho crédito, debe llevar á la masa social lo que hubiere percido, concurriendo los consocios á aprovecharse de ella

Dos cuestiones promueven los tratadistas con motivo de la misma disposición contenida en algunos Códigos extranjeros.

En primer lugar dicen: la obligación que tiene el socio de traer al fondo común lo recibido, ¿se entiende sólo de lo cobrado durante la sociedad, ó también de lo que percibiere después de disuelta la misma? Puede ocurrir, por ejemplo, que disuelta la sociedad quede el crédito social en común entre los socios, de modo que cada uno tenga á su cargo la obligación de cobrar su parte, y entonces si uno de ellos es más diligente y cobra la cuota ó participación que le corresponda, quedando después insolvente el deudor, ¿podrán exigir los demás que se aporte á la masa social lo que dicho socio hubiere cobrado y que se divida entre todos en proporción á sus respectivos haberes?

Algunos sostienen la afirmativa fundándose en la comunidad é igualdad que debe existir entre todos los socios; pero estimamos errónea dicha opinión, porque no sería justo que el que hubiere sido diligente y cobrado su parte, sufra las consecuencias de la negligencia de sus compañeros haciéndole responsable de la morosidad de éstos. A más de esa razón existe otra alegada por Ricci que disipa toda duda sobre ello.

En efecto; dice el autor citado, disuelta la sociedad cesa el vínculo que unía á los socios, y cesado éste, viene á faltar el fundamento de la disposición que examinamos. Por otra parte, añade, el legislador para hacer aplicación de ella, presupone que exista una masa común; pero disuelta la sociedad y devuelto á cada uno de los socios aquello que aportó, toda comunión entre ellos desaparece y no puede hablarse de masa común. Por lo tan-

to, si queda un crédito en común entre varios socios habrá entre los mismos una simple comunidad, pero no una sociedad, y de aquí que no pueda hacerse aplicación en dicho caso de la regla indicada.

Se ha propuesto también la cuestión de si es aplicable igualmente dicha disposición al caso en que el socio sólo haya recibido una parte de su cuota y no la totalidad. El texto del artículo que examinamos, se refiere tan sólo al caso en que el socio haya recibido por entero la parte que le hubiere sido adjudicada en el crédito social, pero el espíritu de dicha disposición autoriza á considerarla extensiva al caso en que sólo haya cobrado parte, pues si la obligación impuesta en ella se funda, como hemos dicho, en la igualdad que debe reinar entre los socios, esa misma igualdad ha de existir en uno y otro caso, y deberá aportarse lo percibido siempre que los consocios no hayan cobrado nada ó hayan recibido menos que él.

Otras cuestiones discuten los autores, pero tienen más bien un carácter teórico que práctico y por eso prescindimos de ellas.

Concordancias.—El art. 1849 del Código francés dispone lo mismo que el 1685 del nuestro, y lo propio sucede con el 1713 del italiano, el 1257 del portugués, y 2405 del mejicano, y concuerda además el que examinamos con los arts. 1666 del holandés, 2832 del de la Luisiana, 1721 del napolitano, 1872 del sardo y 1326 del de Vaud, 2090 del chileno, 2116 del de Colombia, 1849 del de Bélgica, 1729 del de la República Argentina, 1876 del de Uruguay, 1853 del de Bolivia, 2405 del de Campeche y 2273 del de la Baja California.

ARTÍCULO 1686

Todo socio debe responder á la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado.

Los dos preceptos que este artículo comprende venían consignados respectivamente en las leyes 7.ª y 13 del tít. 10 de la Partida 5.ª, y conformes con ellos están casi todas las legislaciones.

La responsabilidad establecida en el primero, por razón de la culpa en que hubiere incurrido algún socio, es ley general para todos los contratos, y la prohibición impuesta en el segundo de compensar los daños y perjuicios ocasionados con los beneficios que por su industria hubiera podido proporcionar á la sociedad, es lógica y esencialmente jurídica, porque dichos beneficios pertenecen de derecho á la sociedad, no por vía de indemnización, sino por ministerio de la ley y por precepto expreso de la misma, derivado de la propia naturaleza del contrato de sociedad; y, por lo tanto, no borran, ni pueden borrar, el efecto anterior de los daños y perjuicios.

Con arreglo á la legislación de Partidas podía admitirse, y algunos autores se inclinan á ello, que el dolo ó negligencia de un socio se compensasen con los de otro, á condición de que ellos solos fueran los perjudicados, y no el fondo social, y sin que se extinguieran las responsabilidades penales en que hubieren incurrido, las cuales, como fundadas en más elevados principios, deben quedar siempre sobre la conveniencia y utilidad de los interesados; pero cualquiera que sea el fundamento en que descanse dicha opinión, los términos imperativos y precisos del presente artículo no admiten, por su carácter de generalidad, distinción ni excepción alguna.

Al ocuparnos de los arts. 1101 al 1104, ambos inclusive, expusimos, con el detenimiento que la materia requiere, la teoría de la culpa que debe prestarse en toda clase de obligaciones, y á lo dicho entonces nos remitimos, pues la teoría general tiene perfecta aplicación en el contrato de sociedad, toda vez que en las disposiciones relativas al mismo no se establece excepción alguna de los principios en dicha ocasión consignados. No puede caber duda alguna sobre esto, y, por lo tanto, no tenemos que insistir en este punto, porque cuando la cuestión legal es clara,

no se necesitan más comentarios que la exposición escueta del precepto que la regula.

En cuanto á la segunda parte del artículo, ó sea á la prohibición establecida en el mismo de compensar los daños causados con los beneficios producidos, ya hemos indicado que no puede autorizarse dicha compensación, porque los socios, desenvolviendo y poniendo en acción su actividad, no lo hacen para sí personalmente, sino en prevecho de la sociedad, y no hacen más que cumplir una obligación contraída para con la misma. En su virtud, siendo deudor el socio á la sociedad de su actividad y de su industria, y debiendo, á la vez, á la misma el resarcimiento del daño que hubiera ocasicnado por su culpa, no podrían en modo alguno compensarse ambas cosas, puesto que sólo son débitos de lo que se trata, y para que exista compensación es preciso que una misma persona resulte acreedora y deudora á la vez, con relación á la persona ó entidad jurídica á quien haya de afectar dicha compensación.

Tanto el Código francés, en art. 1850, como el italiano, en el 1714, el mejicano, en el 2406, y el portugués, en el 1258, establecen que los daños causados á la sociedad por culpa de un socio no pueden ser compensados con las utilidades proporcionadas por dicho socio á la misma *en otros negocios*, y estos últimos términos de dichos artículos promovieron gran discusión entre los intérpretes sobre si podrían compensarse dichos daños con los beneficios obtenidos en la misma industria ó en el mismo asunto en que aquellos hubieren sido ocasionados toda vez que la ley sólo prohibía dicha compensación con los producidos *en otros negocios*, lo cual implicaba, á juicio de algunos, una excepción que llevaba consigo necesariamente la permisión en los demás casos.

Pero nuestro Código, con gran acierto, á nuestro juicio, ha puesto término á toda duda, haciendo imposibles, con relación á él, dichas discusiones, apartándose de la redacción de los Códigos citados y del ejemplo suministrado por los mismos, y extendiendo la prohibición mencionada á todos los beneficios que

por su industria hubiere proporcionado á la sociedad el socio causante del daño ó perjuicio. Por lo tanto, cualesquiera que sean éstos, ya se hubieren producido en la misma clase de negocios ó de asuntos en que se hubieren causado los daños, ya en otros distintos é independientes de ellos, de ningún modo podrán ser invocados para compensar con dichos beneficios los perjuicios ó daños que por culpa del mismo socio que los proporcionare se hubieren originado á la sociedad.

Concordancias.—El presente artículo concuerda, á más de los ya citados, con los siguientes: el 1667 del Código holandés, el 2093 del chileno, el 2119 del de Colombia, 1850 del de Bélgica, 1772 del de Guatemala, el 2833 del de la Luisiana, el 1722 del napolitano, el 1873 del del Uruguay, el 2028 del de Veracruz-Llave, el 172 del de la República Argentina, el 1875 del sardo, el 1327 del de Vaud, el 1854 del de Bolivia, el 2274 del de la Baja California y el 2406 del de Campeche.

El Código alemán, separándose de la doctrina general, sólo dispone que «el asociado, en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben, sólo responderá de los cuidados que aporte ordinariamente á sus propios asuntos», sin que expresamente prohiba ó permita la compensación antes indicada, siendo este artículo 708 del expresado Código el único que hace relación á los preceptos consignados en el que es objeto de examen en el presente comentario.

El austriaco, en su art. 1191, después de establecer la responsabilidad por la culpa, añade: «Pero si un socio, habiendo emprendido otro negocio, causa daño á la sociedad, puede hacer entrar en compensación los beneficios que le ha procurado», permitiendo, por lo tanto, la compensación prohibida por todos los demás Códigos citados.

ARTÍCULO 1687

El riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan á la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario.

Si las cosas aportadas son fungibles, ó no pueden guardarse sin que se deterioren, ó si se aportaron para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad. También lo será, á falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas.

Ya en otra ocasión nos hemos ocupado de la cuestión relativa á quién debe soportar el riesgo de las cosas que los socios se comprometieron á poner en común, desde el momento en que debieron hacer su aportación hasta que realmente la llevan á efecto (1); y ahora nos corresponde examinar esa misma cuestión, con relación á los bienes aportados ya.

Pero antes de entrar en el estudio de la misma, debemos hacer otra indicación para evitar equivocadas inteligencias de este artículo, el cual no se refiere á todos los riesgos ó peligros que puedan experimentar, ó á que estén expuestas las cosas aportadas á la sociedad, cualquiera que sea la causa de los mismos, sino tan sólo á aquellos que no son dependientes de la culpa de los socios; porque si la pérdida ocurriera por culpa exclusiva de alguno de ellos, entonces dicho socio sería responsable para con la sociedad del daño causado, conforme á lo dispuesto en el artículo anterior.

Con estas indicaciones podemos ya determinar el alcance y la extensión del precepto que examinamos. Éste se refiere única y exclusivamente á los riesgos que puedan sufrir las cosas ciertas y determinadas, aportadas ya á la sociedad, cuyos riesgos provengan de causas independientes de la culpa de los socios.

La materia objeto del mismo es de suma importancia para la sociedad, puesto que afecta á la disminución que por causa de dichos riesgos puede sufrir el capital social, y hace relación, por lo tanto, á los intereses de todos los socios la determinación de

---

(1) Véase el comentario á los arts. 1679 y 1680.

la persona á cuyo cargo ha de correr, ó á quien haya de imputarse en cada caso el riesgo que puedan sufrir los bienes que constituyan el fondo común, ó que hayan sido aportados para su aprovechamiento por la sociedad, ya en propiedad, ya en usufructo.

Como corresponde á su importancia, el Código regula dicha materia con especial cuidado, según la naturaleza ó condición de los bienes aportados y el fin con que fueren puestos en cocomún, haciendo aplicación del principio general, que ya en otra ocasión hemos desarrollado con la extensión debida, de que las cosas se pierden para su dueño. Esta es la razón legal que sirve de fundamento á las distinciones establecidas en dicho artículo.

Cuatro son los supuestos que establece, á saber:

1.º Cuando las cosas aportadas no son fungibles, y sólo se ponen en común su uso y sus frutos.

2.º Cuando las cosas aportadas son fungibles ó no pueden guardarse sin que se deterioren.

3.º Cuando dichas cosas se aportan para ser vendidas; y

4.º Cuando fueren aportadas con estimación hecha en el inventario.

En el primer caso el riesgo es del socio que las aportó; y no puede menos de ser así, porque no llegó á desprenderse del dominio, y ni por un instante dejó de ser dueño de las cosas aportadas, no entrando la propiedad de las mismas en la masa de la sociedad, y, por consiguiente, él debe sufrir la pérdida ó el riesgo que experimentaren, conforme al principio antes indicado.

En el segundo, corre á cargo de la sociedad, porque en cuanto á las cosas fungibles, como no pueden ser empleadas por ella, sin que por el uso se consuman, desde luego hay que presumir que el que las aportó lo hizo con la intención de transmitir su dominio, ó sea con la facultad de disponer de ellas, pues de lo contrario, á ningún fin respondería su aportación. Lo mismo puede decirse respecto de aquellas cosas que no pueden guardarse sin que se deterioren, pues por una razón de analogía hay

que entender que fueron aportadas por su dueño con el propósito de hacer propietaria de ellas á la sociedad, como dice García Goyena al comentar el art. 1581 del proyecto de 1851, más bien que con el de conservar una propiedad que con el deterioro de dichas cosas se va constantemente extinguiendo. Y si la sociedad es la dueña de dichos bienes, ella ha de sufrir los riesgos que sufrieren, puesto que las cosas se pierden para su dueño.

En el tercer caso no puede ofrecerse duda alguna, pues si no se transfiriese á la sociedad el dominio de las cosas aportadas, no podría llevar á cabo su enajenación que es el propósito con que se aportan en dicho supuesto.

Por último, en el cuarto de los casos citados, se reputa que la intención de las partes fué que ingresase en la sociedad el precio de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, porque á falta de pacto especial en contrario la estimación causa venta. En su virtud, el riesgo que sufran las cosas en dicha forma aportadas, ha de correr á cargo de la sociedad que las adquiere en tal concepto, y no habrá derecho en el socio que las aportó más que para reclamar el precio de ellas.

De lo expuesto se deduce que las disposiciones del presente artículo, no son más que el resultado de la aplicación de la regla general á cada uno de los diversos casos que comprende.

Concordancias.—Igual disposición contienen en lo sustancial los artículos 1851 de los Códigos francés y belga, 1715 del italiano, 1668 y 1669 del holandés, 1259 y 1260 del portugués, 2084 del chileno y 2110 del de Colombia; y concuerda además el presente artículo con el 1723 del napolitano, 1874 del sardo, 2834 del de la Luisiana y 1328 del de Vaud, 1799 del de Guatemala y 1869 del de Uruguay.

El Código alemán, en el párrafo 2.º de su art. 706, dispone que cuando deban aportarse cosas fungibles ó consumibles, deberá admitirse, en caso de duda, su conversión en propiedad común de los asociados, y que lo mismo sucederá cuando las cosas no fungibles ni consumibles, deban aportarse con arreglo á una

tasación que no se haya hecho únicamente para tenerlo en cuenta en la distribución de beneficios.

El Código mejicano y el de Campeche, refiriéndose en sus artículos 2387, 2388 y 2389 á dicha cuestión, disponen que si las cosas aportadas son de las que necesariamente se consumen por el uso, la propiedad pertenece al común; pero el valor que tengan al entrar en la sociedad se considera como capital del socio que las lleva, corriendo á cargo de la sociedad el peligro de las demás cosas llevadas en propiedad, y del propietario en caso contrario, cuando no sea imputable á culpa de la sociedad.

Como se ve, todas las legislaciones están conformes en lo sustancial, y siendo tan unánime y fácil la doctrina, no necesitamos insistir más en su explicación.

ARTÍCULO 1688

La sociedad responde á todo socio de las cantidades que haya desembolsado por ella y del interés correspondiente; también le responde de las obligaciones que con buena fe haya contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección.

Al ocuparnos de los artículos anteriores, hemos examinado las obligaciones que los socios tienen con relación al capital social, y como justa y debida correspondencia á las responsabilidades en dichos artículos consignadas, se establecen en el presente las obligaciones que á su vez contrae la sociedad para con los asociados, desde el momento mismo de la celebración del contrato.

Esas obligaciones que la sociedad contrae, se refieren á dos órdenes distintos de responsabilidades: uno relativo al reembolso de las cantidades que los socios hubiesen anticipado por ella y á los intereses correspondientes á las mismas; y otro relacionado con las obligaciones que de buena fe hubiesen contraído

para los negocios comunes, y con los riesgos inseparables de su dirección.

Este artículo guarda reciprocidad con el 1682, y se conforma con las prescripciones establecidas en los artículos 1727, 1728 y 1729 respecto de las obligaciones y responsabilidades del mandante para con el mandatario, puesto que realmente viene á tener ese carácter la sociedad con relación al socio que de buena fe contrae obligaciones para los negocios sociales.

La primera de las obligaciones indicadas es tan justa y tan conforme con los principios generales del derecho, que no necesita explicación ni justificación alguna. Si los socios en favor de la sociedad anticiparon cantidades, justo es que se les reintegre de ellas, y además se les abonen los intereses correspondientes por la sociedad, ya que ésta se aprovechó de los beneficios obtenidos por el empleo de dichas sumas, y así como á ella debe intereses el socio que tomó de la caja social alguna suma para su personal utilidad, del mismo modo los deberá la sociedad á los socios por las cantidades que de su peculiar propiedad se hubieren aplicado en su provecho exclusivo.

Ahora bien; esos intereses ¿desde cuándo se adeudan? ¿Deberá satisfacerlos la sociedad desde el día que se emplearon en su beneficio las cantidades anticipadas como los adeuda el socio antes citado desde el día que tomó de la caja la suma destinada á su personal provecho? ¿Se devengarán, por el contrario, desde que deba devolver dichas cantidades con arreglo á derecho?

Una razón de analogía y de justa reciprocidad parece aconsejar que la misma regla se observe en uno y otro caso, y en tal concepto, que se adeuden dichos intereses desde el día que se desembolsaren por los socios las sumas empleadas en las operaciones de la sociedad. Pero esta solución, en opinión de algunos, no estaría conforme con la disposición que examinamos, porque sus términos no autorizan, á juicio de ellos, la excepción del principio general que constituiría dicho adeudo.

En efecto, dicen, en el caso del socio que toma algún dinero

de la caja para emplearlo en provecho propio, hay que satisfacer dichos intereses desde el día en que lo tomara, porque esos intereses se deben *de derecho* por precepto expreso de la ley consignada en el párrafo 2.º del art. 1682, como vimos al comentar dicho artículo, pero en el presente caso no se consigna igual prevención, y no existiendo disposición alguna que así lo autorice, hay que prescindir de aquella excepción y estar á la regla establecida como norma general en el art. 1100, según el que se deberán dichos intereses desde la interpelación judicial ó extrajudicial para el reembolso de las sumas invertidas, que es desde cuando incurriría la sociedad en mora respecto del cumplimiento de la obligación de restituirlas.

Sin embargo, téngase en cuenta que el Código no se limita á consignar el principio de que la sociedad debe intereses por dichas sumas, sino que terminantemente expresa que responde de los *intereses correspondientes*, y éstos no pueden ser otros que los que corresponden al mandatario por las anticipaciones que hiciere para la ejecución del mandato, toda vez que el carácter de mandatario tiene el socio en dicho caso. Esto sentado, disponiendo el art. 1728 del Código, en su párrafo 3.º, que el reembolso que el mandante debe hacer al mandatario comprenderá los intereses de las cantidades anticipadas á contar desde el día en que se hizo la anticipación, con igual razón serán debidos dichos intereses al socio desde la fecha del desembolso de las cantidades anticipadas en beneficio de la sociedad, puesto que se encuentra, respecto de ella, en identidad de circunstancias que el mandatario con relación á su mandante.

Réstanos indicar que los intereses debidos en dicho caso serán los convenidos, si se hubieren pactado expresamente, y á falta de dicho pacto los legales conforme á lo dispuesto en el artículo 1108.

En cuanto á la segunda de las obligaciones que á la sociedad impone el artículo que examinamos, pueden suscitarse diversas cuestiones relacionadas con su inteligencia.

En primer lugar, la obligación impuesta á la sociedad de res-

ponder de las obligaciones contraídas de buena fe por los socios, para los negocios sociales ó de los riesgos inseparables de su administración, ¿es tan absoluta que deba aplicarse en todo caso, tenga ó no facultad para administrar el socio que contrajo dichas obligaciones?

Los tratadistas distinguen uno y otro caso, entendiendo que cuando está facultado para administrar ó cuando no se le ha privado expresamente de dicha facultad, basta que haya procedido de buena fe para poder invocar en su favor la disposición de la ley, encontrándose en el mismo caso que el mandatario, pues dicho carácter tiene para con la sociedad en cuyo favor obró; pero si no tiene facultad para administrar por habérsele privado de ella en el contrato ó por cualquiera otra causa, estiman que no basta que medie buena fe para que la sociedad quede obligada, sino que es menester que haya producido su gestión alguna utilidad, porque siendo por completo extraño á la administración el socio en dicho caso, no puede reputársele como mandatario, sino únicamente como gestor de negocios, y únicamente cuando produzca utilidad el negocio realizado en interés de la sociedad será cuando podrá aplicarse la disposición citada.

Sin embargo, los términos del artículo son tan absolutos y terminantes que no admiten distinción ni excepción en su precepto, y con arreglo á él, siempre que haya buena fe por parte del socio al contraer las obligaciones indicadas para los negocios sociales, obligará á la sociedad.

Otra cuestión puede originarse respecto á la interpretación que deba darse á los términos del artículo en cuanto á los riesgos de que deba responder la sociedad. La ley habla sólo de los riesgos inseparables de la administración, y por éstos debe entenderse, á nuestro juicio, aquellos que son consecuencia directa de la misma, y no todos los que puedan tener lugar con ocasión de ella, es decir, los que se deriven necesariamente del negocio ó de la operación social llevada á cabo por el socio, á quien la sociedad deba responder. El Código mejicano emplea la locución de riesgos inherentes á la administración que el socio desempeña.

Finalmente, otra duda puede motivar la inteligencia del presente artículo. En efecto; la acción que al socio corresponde para exigir de la sociedad las responsabilidades indicadas, ya para reintegrarse de los desembolsos hechos por ella y percibir los intereses correspondientes, ya para reclamar el cumplimiento de las obligaciones contraídas para los negocios sociales y los riesgos inseparables de la administración; ¿puede dirigirse contra cualquier socio como responsable solidario, ó por el contrario, ha de dirigirse contra todos reclamando á cada uno la parte que á *prorrata* le corresponda?

Si, como tenemos dicho, el socio que de buena fe realiza en interés de la sociedad algunas operaciones y para ello desembolsa cantidades ó contrae obligaciones necesarias para dicho fin, se encuentra en el mismo caso que el mandatario con relación á su mandante, quedará disipada dicha duda haciendo aplicación al citado caso de la disposición contenida en el artículo 1731, según el que cuando son dos ó más los mandantes de un mandatario para un negocio común quedan solidariamente obligados á éste para todos los efectos del mandato.

Concordancias.—El artículo objeto de este comentario tiene su precedente en la ley 52, párrafo 4.°, 12 y 15, tít. 2.°, libro 17 del Digesto; y concuerda con los siguientes: 1852 del Código francés, 1716 del italiano, 1261 del portugés, 1669 del holandés, 2115 del de Colombia, 2089 del chileno, 2407 del mejicano, 2275 del de la Baja California, 2835 del de la Luisiana, 1724 del napolitano, 1875 del sardo y 1329 del de Vaud, 1852 del de Bélgica, 1855 del de Bolivia, 1794 del de Guatemala, 1877 del del Uruguay, 1731 del de la República Argentina y 2029 del de Veracruz-Llave.

ARTÍCULO 1689

Las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad á lo pactado. Si sólo se hubiera pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas.

A falta de pacto, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada á lo que haya aportado. El socio que lo fuere sólo de industria tendrá una parte igual á la del que menos haya aportado. Si además de su industria hubiere aportado capital, recibirá también la parte proporcional que por él le corresponda.

ARTÍCULO 1690

Si los socios se han convenido en confiar á un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado á la equidad. En ningún caso podrá reclamar el socio que haya principiado á ejecutar la decisión del tercero, ó que no lo haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fué conocida.

La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada á uno de los socios.

ARTÍCULO 1691

Es nulo el pacto que excluye á uno ó más socios de toda parte en las ganancias ó en las pérdidas.

Sólo el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas.

Estos tres artículos regulan las relaciones jurídicas derivadas del contrato de sociedad referentes á la distribución de las pérdidas y ganancias entre los socios: relaciones que, como tenemos ya dicho, determinan el segundo de los grupos en que hemos dividido las obligaciones de los socios entre sí.

Conforme al espíritu en que se inspiraron los redactores del proyecto de Código hoy vigente, se establecen en él dos reglas de verdadera transcendencia: una derivada del principio de libertad en que se basa toda la doctrina del mismo, acerca de la constitución de las sociedades civiles; y otra que constituye una

limitación de esa misma libertad, impuesta por razones de moralidad y buena fe, en cuya observancia deben inspirarse, no sólo los contratos, sino todos los actos jurídicos.

La primera de ellas consiste en el respeto á la voluntad expresa ó presunta de las partes, y tiene su lógico y jurídico desenvolvimiento en los dos primeros artículos de los que son objeto de este comentario, refiriéndose á la segunda la prohibición establecida en el art. 1691, pues si bien el reparto de las ganancias y pérdidas es de *libre pacto*, como dicen los autores, los motivos antes indicados hacen precisa la excepción consignada en el citado artículo, último de los que nos corresponde examinar ahora.

Para la debida claridad en la inteligencia de dichos preceptos, conviene que nos ocupemos por separado de cada uno de dichos extremos.

I.—*Reglas para la distribución de pérdidas y ganancias.*

El principio en que se inspiran las disposiciones del Código, relativas á esta materia, es el respeto á la voluntad expresa ó presunta de las partes, pues cuando dicha voluntad no resulta claramente manifiesta en las estipulaciones del contrato, la presume la ley conforme á la equidad y á la comunidad é identidad de condiciones, que es la norma y la ley á que deben ajustarse los contratantes.

Partiendo de dicho principio, el Código establece tres supuestos distintos para determinar en cada uno de ellos la regla que haya de seguirse, á saber:

1.º Cuando las partes hayan pactado cómo deban repartirse las pérdidas y ganancias.

2.º Cuando sólo se hubiere pactado la parte de cada socio en las ganancias; y

3.º Cuando no exista pacto alguno respecto á la distribución de dichas pérdidas y ganancias.

En el primer caso, como consta por virtud del pacto consig-

nado en el contrato la voluntad expresa de las partes, habrá de estarse á lo dispuesto en el mismo, y en conformidad á él se hará la distribución ó reparto, excepto en el caso del art. 1691.

Nadie mejor que los socios, dice un autor, puede valuar la obra prestada por cada uno de ellos y el provecho que los demás pueden obtener de las cosas aportadas por los mismos, y de aquí que sean dichos socios los jueces mejores de esa estimación, por lo que no hay duda alguna de que la proporción fijada en el contrato debe ser preferida á cualquiera otra.

A esta razón, dada por el autor citado, puede añadirse la de que en la materia relativa al reparto de las ganancias y pérdidas no interviene ni debe intervenir el legislador más que para suplir la voluntad de las partes cuando éstas no han fijado las reglas á que ha de ajustarse la distribución ó para prohibir algún pacto que fuere contrario á la moral y á la buena fe ó á la índole del contrato de sociedad, como ocurre en el caso del art. 1691, ya citado.

Se ha dudado si podría prosperar la estipulación en que se asigna á algún socio mayor proporción en las ganancias que en las pérdidas: pero como la libertad concedida á las partes para regular la distribución citada, es tan amplia que no admite más limitaciones que las consignadas en el repetido artículo 1691, y la establecida, en general, para todos los contratos en el 1255, respecto de las estipulaciones contrarias á las leyes, á la moral ó al orden público, desde luego se comprende que el pacto adoptado en los términos indicados tendría que ser respetado y cumplido, toda vez que no se encuentra en ninguno de los casos á que se refieren dichas excepciones.

En el segundo de los casos citados, es decir, cuando sólo se hubiere pactado la parte de cada uno en las ganancias, la ley, inspirándose en los principios de la equidad, presume que la voluntad de los contratantes fué que en la misma proporción contribuya á soportar las pérdidas, y así se previene en el artículo 1689, diciendo que en dicho caso tendrá el socio la misma parte en las pérdidas que la estipulada para las ganancias.

Sin embargo, dicha solución no ha sido aceptada por todos los tratadistas. Ricci, comentando el art. 1717 del Código civil italiano, sostiene la opinión contraria, entendiendo que la parte de pérdidas de que ha de responder el socio en dicho caso debe ser proporcional al capital aportado por el mismo y no igual á la participación estipulada en las utilidades. En dicho Código no se trata expresamente del caso de que nos ocupamos, pues el citado art. 1717 sólo dice que si el contrato de sociedad no determina la parte de cada socio en las ganancias ó en las pérdidas, dicha parte es en proporción á cuanto cada uno hubiere aportado al fondo social, y partiendo de los términos del mismo, dicho intérprete entiende que el citado artículo no se refiere sólo al caso en que el contrato no determine ni la parte de las utilidades ni la de las pérdidas, sino también al en que no se determine una de dichas cosas. Pero la jurisprudencia francesa, resolviendo la misma cuestión, suscitada con motivo de la inteligencia del artículo 1853 del Código civil de dicha nación, igual al 1717 del italiano, declaró que la participación en las pérdidas debe ser la misma que en los beneficios, salvo las convenciones en contrario que las partes pueden hacer (1), y revocó la sentencia del juez inferior que decidió lo contrario.

El Código austriaco, en sus artículos 1193 y 1197, dispone que las ganancias, y lo mismo las pérdidas, se distribuyen entre los socios en proporción á lo que cada uno hubiere puesto en el fondo social. El portugués, después de consignar las mismas reglas en su art. 1262, deja á salvo las estipulaciones de las partes, y en el 1263 establece que cuando no se ha pactado la cuota, será fijada ésta arbitralmente.

El Código alemán contiene una especialidad, que en ninguna otra legislación encontramos. En efecto: en su art. 722 ordena que cuando no se hubiere fijado la parte de los asociados en los beneficios ó pérdidas, cada socio tendrá una parte igual en ellas, sin consideración á la forma ni á la cuantía de su aporta-

(1) Amiens, 27 de Mayo de 1840. (Dalloz, *Société*, núm. 402.)

ción; y si sólo se hubiese determinado la participación en las ganancias ó en las pérdidas, entonces, en caso de duda, se aplicará la misma regla á unas y otras.

Nuestro Código ha venido á hacer desaparecer toda duda sobre ello al fijar el precepto que hemos indicado, adoptando el criterio de la absoluta igualdad entre las ganancias y pérdidas, y comparado con los demás antes citados, resulta mucho más expresivo y circunstanciado.

En el tercero de los casos admitidos por el art. 1689, ó sea cuando no exista pacto alguno acerca de la forma ó la cuantía de la distribución, se ha seguido el principio de la proporcionalidad en relación con las aportaciones hechas, y, según él, la parte que á cada socio corresponderá en las ganancias ó pérdidas, será proporcional á lo que hubiere llevado al fondo común.

Este principio no podía tener aplicación al caso en que uno de los socios aportare sólo industria, pues el recurso de la peritación ó estimación arbitral que algunos proponen para determinar el valor de dicha aportación resultaría impracticable ó imposible en la práctica. Y nuestro Código salva dicha dificultad, disponiendo que el socio que sólo lo fuere industrial, tenga en las ganancias y pérdidas una parte igual á la del socio capitalista que menos capital hubiere aportado.

No todos los tratadistas han estado conformes con este criterio del legislador, que es el mismo que se observa en casi todos los Códigos, á excepción del de Méjico. Este es un medio adoptado para evitar los inconvenientes y peligros que tendría la dificilísima investigación del valor de la industria aportada en cada caso Podrá discutirse si el legislador ha hecho bien al estimar la obra personal del socio industrial al igual de la menor aportación de capital, como lo hace nuestro Código, ó si, por el contrario, debía haberla equiparado á la aportación mayor, como lo autoriza en cierto caso el de Méjico; pero aunque esta controversia está fuera de lugar, aquí, dado el carácter propio de estos comentarios, debemos, sin embargo, hacer alguna lige-

ra indicación de los motivos que tuvieron los legisladores franceses para consignar igual precepto en el Código civil, del cual lo tomaron las demás legislaciones.

Á este propósito se ha dicho: dando al socio de industria la parte más alta, fomentaríamos el descuido y el olvido de la precaución más fácil de tomar. Por el contrario, señalándole la parte más baja, se le da un saludable aviso para que nunca se descuide en estipular por sí mismo sus intereses, y fijar su suerte dentro de la sociedad; y siendo necesario escoger entre la parte más alta ó más baja, é imposible recurrir al número de socios cuyas cuotas en el fondo social podrían ser desiguales, no había otro partido que tomar que el adoptado, por el que queda bien advertido el socio industrial para que aprecie por sí su industria y fije la parte que haya de corresponderle.

Cualquiera que sea el valor que merezca dicha consideración, no debe echarse en olvido que se trata de una disposición excepcional y supletoria, impuesta, más que por los estrictos principios de justicia, por la conveniencia del interés social, para evitar litigios, no siempre fáciles de resolver, y, por lo tanto, es materia donde más libremente puede obrar el arbitrio del legislador, puesto que siempre queda á los socios la facultad de prescindir del tipo fijado, estipulando la forma de distribución que estimen más justa en cada caso, y, en último, si algún agravio se les infiriese por dicha disposición, suya sería la culpa, por haber omitido en el contrato la determinación de las respectivas participaciones en el reparto de los beneficios y las pérdidas.

Una dificultad puede ofrecerse para la estricta aplicación de la regla establecida, y es que en la sociedad no haya más que un socio capitalista y otro ú otros industriales, en cuyo caso no puede asignarse á éstos la parte del que menos capital hubiere aportado, teniendo que ser igual la participación para uno y otros, aunque el capital valga más que el trabajo, ó viceversa, en el caso concreto en que haya de hacerse la distribución.

Excusado es decir que si el socio industrial hubiere aportado, además de su industria, alguna porción de capital, recibirá tam-

ción la parte proporcional que por él le corresponda, y así se establece en el párrafo último del art. 1689.

El Código mejicano ha tratado de evitar los inconvenientes que antes hemos indicado, estableciendo diversas reglas en relación á los distintos casos que pueden ocurrir en la práctica respecto de la participación de industria.

A este propósito, dice el art. 2409 del citado Código: «Si alguno de los socios contribuye solamente con su industria, sin que ésta se estime ni se designe la cuota que por ella deba recibir, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Si el trabajo del industrial pudiera hacerse por otro, su cuota será lo que corresponda por razón de sueldos ú honorarios; y esto mismo se observará si son varios los socios industriales. 2.ª Si el trabajo no pudiere ser hecho por otro, su cuota será igual á la del socio capitalista que tenga más. 3.ª Si sólo hubiere un socio industrial y otro capitalista, se dividirán entre sí, por partes iguales, las ganancias. Y 4.ª Si son varios los socios industriales y están en el caso de la regla 2.ª, llevarán entre todos la mitad de las ganancias, y la dividirán entre sí por convenio, y, á falta de éste, por decisión arbitral. Si el socio industrial hubiere contribuído también con cierto capital, se considerarán éste y la industria separadamente, según previene el art. 2410 de dicho Código. Y, por último, dispone el art. 2411 que si al terminar la compañía en que hubiere socios capitalistas é industriales, resultare que no hubo ganancias, el capital íntegro que haya se devolverá á sus dueños.

Los mismos preceptos que las reglas expresadas en el artículo 1689 de nuestro Código, contenían en nuestro antiguo derecho las leyes 3.ª, 4.ª, 6.ª y 7.ª del tít. 10 de la Partida 5.ª, y también se encuentran algunos precedentes de ellas en las leyes 6.ª y 29 del tít. 2.º, libro 17 del Digesto, y en las 6.ª y 80, párrafos 1.º y 5.º, tít. 26, libro 3.º de las Instituciones.

***

La determinación de la parte que á cada socio corresponda

en las ganancias ó en las pérdidas, pueda hacerse en el mismo contrato de sociedad ó confiarse á un tercero, según el artículo 1690, en cuyo caso habrán de estar todos á lo que determine, á menos que evidentemente faltare á la equidad.

Esta posibilidad legal de fiar á un tercero la designación expresada y el derecho á la impugnación que, como regla general, se consigna para el caso de faltarse abiertamente á la equidad, eran extremos previstos antes de la publicación del Código civil, en la ley 5.ª del tít. 10 de la Partida 5.ª, y tiene su fundamento la limitación establecida al derecho de impugnación, en la conveniencia de no dejar en lo incierto el dictamen del tercero.

Análogo precepto contienen casi todos los Códigos. Sin embargo, el de Holanda, en su art. 1671, prohibe que los asociados sometan dicha designación, no sólo á uno de ellos, sino también á un tercero, reputando como no escrita la cláusula en que se hiciese tal delegación.

El Código portugués, si bien establece en su art. 1265 la prohibición de impugnar la decisión del tercero, admite, sin embargo, la posibilidad de declaración en contrario, á pesar de que la designación del tercero ha de fundarse siempre en un principio de confianza, que todos han de aceptar, como dice Díaz Ferreira al comentar dicho artículo. Lo mismo sucede en el 2412 del mejicano.

En nuestro derecho, el art. 1690 prohibe la impugnación, á no ser que evidentemente haya faltado á la equidad el tercero al hacer la designación; pero aun dentro de esta excepción, todavía impone una nueva limitación, pues á pesar de concurrir dicha circunstancia, no permite en modo alguno dicha impugnación al socio que haya principiado á ejecutar la designación hecha por el tercero, ó que no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fuere conocida. En estos casos, la ley presume que el socio ha prestado su conformidad y ha ratificado con ella el acuerdo del encargado de hacer el señalamiento ó designación indicada, y, según ha dicho un autor,

se ha señalado término tan perentorio para la prescripción de la acción que al socio corresponde para la impugnación, con objeto de que no quede por más tiempo paralizada la sociedad en su gestión, en el caso de que no estuviere ya disuelta.

Réstanos indicar que, según precepto terminante de nuestro Código, conforme en un todo con lo establecido en las demás legislaciones, excepto en la francesa, no puede encomendarse á uno de los socios la designación de las perdidas y ganancias, cuya prohibición se funda en el deseo, claramente manifestado, de buscar la mayor imparcialidad en el encargado de hacer dicha designación y de apartar de él todo motivo de sospecha por interés personal en ella.

Las disposiciones que examinamos del art. 1690, tienen su precedente no sólo en la ley de Partida, antes citada, sino también en las leyes 6.ª y 79, tít. 2.º, libro 17 del Digesto.

El reparto de las pérdidas y ganancias se sujetará para todos sus efectos á las reglas de la partición de herencias, como veremos al examinar el art. 1708, con cuyo precepto ha suplido nuestro Código la deficiencia de las leyes anteriores que no señalaban regla especial alguna para dicha distribución. Además, es disposición expresa del mismo art. 1708, que al socio industrial no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados sino sólo sus frutos y los beneficios, á no haberse pactado expresamente lo contrario en el contrato de sociedad.

II.—*Prohibiciones relacionadas con la distribución de pérdidas y ganancias.*

Nuestro antiguo derecho, copiando la doctrina consignada en la legislación romana, estableció como uno de los pactos prohibidos en el contrato de sociedad, el que estableciera que uno de los socios llevase todas las ganancias y el otro sufriera todas las pérdidas. «Si los compañeros, decía la ley 4.ª, tít. 10 de la Partida 5.ª, ficieren pleito que el uno hobiere toda la ganancia et que non hobiere parte en las perdidas, ó toda la perdida, et que

non habiese parte en la ganancia, entonce non valdria el pleito que de esta guisa posieren, et tal compañia como estan llaman las leyes leonina.»

En el Código se ha reproducido el precepto, si bien suavizando los efectos del mismo, pues el art. 1691, en que se consigna, no declara la nulidad de la sociedad sino la del pacto, y por lo tanto, aquélla subsistirá y habrá de regirse por la regla establecida en el párrafo 2.º del art. 1689, como si no hubiere pacto alguno acerca de la distribución de las ganancias y pérdidas, toda vez que ha de tenerse como no puesto y no puede surtir efecto alguno.

Sin embargo, no todos los Códigos están conformes con dicha prohibición. El holandés, por ejemplo, en su art. 1672, declara nulo el pacto que diera á uno de los socios la totalidad de los beneficios; pero permite que se estipule que las pérdidas sean soportadas exclusivamente por uno ó más socios. El austriaco autoriza que la sociedad pueda asignar á un socio, en consideración á sus cualidades ó servicios, una parte más considerable siempre que dicha excepción no degenere en privilegio, según puede verse en sus arts. 1195 y 1196. El Código prusiano y el bávaro admitían á título de donación el que un socio pudiera gozar de todos los beneficios; pero este criterio no ha sido adoptado en el Código alemán vigente, en el que no se encuentra ningún precepto análogo, y los ejemplos que hemos citado constituyen raras excepciones del principio general, consignado en el art. 1691, el cual tiene sus precedentes en las leyes 29 y 30 del título 2.º, libro 17 del Digesto y en la de Partida, antes citada.

La única excepción de dicho principio que admite nuestro Código, se refiere al socio industrial, el cual puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas, pero en realidad viene á participar de ellas si las hubiere, porque lo será para él, atendida la clase de su aportación, la falta de ganancia, compartiendo por este medio el quebranto en el negocio social y la responsabilidad de sus consocios. El fundamento de esta excepción es que el socio capitalista cuando no haya ganancias puede retirar

su capital ó parte de él si hubiere pérdidas, pero el industrial no puede retirar el trabajo realizado hasta entonces en beneficio de la sociedad, aparte de que realmente viene á participar de las pérdidas en el concepto indicado.

Los términos del precepto mencionado no impiden el que puedan pactarse partes desiguales aun entre socios que contribuyan con aportaciones iguales, á no ser que la desigualdad fuese tan grande que viniera á recaer en la prohibición del mismo, por constituir en forma encubierta ó simulada el pacto vedado por la ley.

Réstanos indicar que el Tribunal Supremo tiene declarado que las disposiciones del art. 1691, como las del 1689 y del 1708, se refieren á sociedades que hayan llegado á tener existencia legal, y que de ningún modo puedan tener aplicación las mismas cuando no concurre dicha circunstancia por no haber tenido aun existencia con arreglo á las leyes la sociedad constituída; cuya doctrina se halla por completo de acuerdo con las indicaciones que tenemos hechas ya al exponer el concepto jurídico de esta institución.

Concordancias.—El primero de los artículos objeto de este comentario concuerda con el 1853 de los Códigos francés y belga, el 1717 del italiano, el 722 del alemán, el 2408 del de Méjico y del de Campeche, el 1858 y 1859 del de Bolivia, el 1193 y 1197 del de Austria, el 1795 al 1798 del de Guatemala, el 1262 y 1263 del portugués, el 2094 y 2095 del de Colombia, el 1849 del del Uruguay, el 1778 y 1779 del de la República Argentina, el 2068 y 2069 del chileno, el 1670 del de Holanda, el 2276 al 2278 del de la Baja California, el 2030 al 2032 del de Veracruz-Llave, el 2836 del de la Luisiana, el 1725 del de Nápoles, el 1876 del sardo y el 1330 del de Vaud. Recuérdese lo dicho acerca de los 2409, 2410 y 2411 del Código de Méjico.

El segundo concuerda, á su vez, con los siguientes artículos: 1718 del Código italiano, 1265 del portugués, 2033 del de Veracruz-Llave, 1850 del del Uruguay, 2093 del de Colombia, 2067 del chileno, 2837 del de la Luisiana, 2412 del de Méjico,

1726 del napolitano y 1877 del sardo. También concuerda con el 1854 del francés y del belga, excepto en la prohibición establecida para someter á uno de los socios la designación de la parte de pérdidas ó ganancias que deba corresponder á cada uno, pues dicho artículo no consigna la prohibición indicada. Y en cuanto al Código holandés, ya hemos dicho que prohibe, en su artículo 1671, confiar dicho encargo, tanto á un socio como á un extraño.

Y, por último, el 3.º de los artículos que hemos examinado tiene concordancia con el 1855 del Código francés y del belga, el 1727 del napolitano, el 1878 del sardo, el 1331 del de Vaud, 1719 del italiano, el 1652 del de la República Argentina, el 1861 del de Bolivia, el 2785 del de la Luisiana, el 1195 y 1196 del de Austria, el 245 del de Prusia, el 1672 del de Holanda, el 1778 del de Guatemala, el 2035 y 2036 del de Veracruz-Llave, el 1840 del del Uruguay, y el 2055 del de Chile.

ARTÍCULO 1692

El socio, nombrado administrador en el contrato social, puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la oposición de sus compañeros, á no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima.

El poder otorgado después del contrato, sin que en éste se hubiera acordado conferirlo, puede revocarse en cualquier tiempo.

Este artículo y los tres posteriores regulan las relaciones jurídicas del contrato de sociedad, con referencia á la administración de la misma, las cuales constituyen el tercero de los grupos en que clasificamos las obligaciones que los socios tienen entre sí.

Los preceptos que nuestro Código contiene respecto de la administración de las sociedades civiles, se refieren á cuatro supuestos que establecen, de los cuales los tres primeros se con-

traen al caso de que en el contrato de sociedad se haya provisto á ella, y el último al en que no exista pacto expreso respecto de la administración, cuya omisión suple con las reglas que más adelante expondremos.

Esos supuestos que hemos indicado son: 1.° Cuando *en el contrato* de constitución se nombra administrador, determinando sus facultades. 2.° Cuando son dos ó más los encargados de la administración, y no se expresan sus facultades ni se exige el consentimiento de los demás para que alguno de ellos desempeñe los actos administrativos. 3.° Cuando siendo varios los administradores se exija el consentimiento de todos, para que alguno pueda ejercer dichos actos; y 4.° Cuando no se haya estipulado el modo de administrar.

Al primero de ellos se contrae el artículo que examinamos, en el que viene á consignarse una regla que es consecuencia lógica de las doctrinas establecidas en el Código, respecto de las convenciones condicionales y acerca de la materia del mandato.

En el caso de que en el contrato se haya nombrado administrador y determinado las funciones del mismo, se estará á lo dispuesto en él, respetándose la voluntad de las partes contratantes. Pero añade el artículo citado la particularidad de que el socio nombrado administrador en dicho caso, puede ejercer todos los actos administrativos, aun á pesar de la oposición de sus compañeros, á no ser que proceda de mala fe, y que su poder es irrevocable sin causa legítima.

Se ha censurado este precepto porque siendo la administración conferida un mandato otorgado por los socios á favor del designado para dicho cargo, parece hallarse en pugna con la teoría de dicho contrato la irrevocabilidad del mismo y el ejercicio de las facultades administrativas contra la voluntad de los mandantes; pero se prescinde, al hacer esta consideración, de que el apoderamiento hecho en el contrato de sociedad para el desempeño de la administración en los términos estipulados, es una de tantas condiciones de él, y siendo dicha circunstancia una condición del contrato, debe ser cumplida en todo caso, estando su

cumplimiento sobre la voluntad de las partes; en cuya virtud no puede ser despojado de sus funciones el administrador sin que exista causa legítima y bastante para ello.

No sucede lo mismo con el poder que se hubiere otorgado después de la celebración del contrato de sociedad, sin que en éste se hubiere acordado conferirlo, pues entonces no está incorporado al contrato como condición del mismo, y, por lo tanto, no pasa de un mandato común que puede revocarse en todo tiempo. Así se consigna en el párrafo segundo de este artículo.

De lo expuesto resulta que el nombramiento de administrador puede hacerse en el mismo acto constitutivo de la sociedad; es decir, en el contrato de constitución de la misma, ó en un acto posterior, siendo irrevocable el poder en el primer caso, á no mediar causa legítima, y, por el contrario, es revocable *ad nutum mandantis*, y sin limitación alguna en el segundo. La razón legal y el fundamento de esta diferencia consisten en que constituyendo ese mandato conferido en el contrato una cláusula especial del mismo, no puede ser derogada ésta sin el consentimiento de todos los contrayentes, incluso el socio ó socios nombrados administradores, toda vez que la ley reputa que los asociados se concertaron para constituir la sociedad bajo la condición de someterla á la administración determinada de uno ó de varios de ellos por la confianza puesta por los mismos en la persona designada para administrar la cosa común, no pudiendo infringirse la ley del contrato sin el consentimiento de todos, pues infracción de la misma constituiría el despojar de sus funciones ó el impedir el ejercicio de las mismas al nombrado sin que medie causa legítima para ello, mientras que la administración otorgada por acto posterior, siendo un simple mandato, puede ser revocado en todo tiempo á voluntad del mandante.

Como la administración puede ser conferida, lo mismo á un socio que á un extraño á la sociedad, podría ocurrirse la duda de si á éste sería extensivo también el precepto del párrafo primero del presente artículo cuando fuera nombrado en el contrato de sociedad, siendo igualmente irrevocable el poder otorgado al

mismo. Pero entendemos que tal opinión estaría desprovista de fundamento, puesto que la disposición legal citada, sólo se refiere al socio nombrado administrador como lo indican los términos con que comienza el texto de la misma; y, por lo tanto, no puede ser aplicado á quien no reuna dicha cualidad. Además el contrato celebrado con el extraño, nombrado administrador, no es el de sociedad, sino el de arrendamiento de servicios y ha de regirse por los principios que informan dicho contrato y por las reglas que le regulan, siendo, en su virtud, indiferente el que su nombramiento se haya hecho en el mismo contrato de constitución ó independiente de él, pues en uno y otro caso se encuentra el nombrado en las mismas circunstancias para con la sociedad.

Otra cuestión puede suscitar la inteligencia del precepto que examinamos. En él se dice que el poder del socio nombrado administrador en el contrato social es irrevocable sin causa legítima, pero no se expresa cuáles sean las causas que pueden estimarse en tal concepto como eficaces para dicha revocación. Ese silencio de la ley debe suplirse por los principios que rigen para el mandato y, por lo tanto, todas las causas que sirven para la revocación de éste pueden invocarse como fundamento para la reclamación indicada.

Se ha discutido entre los tratadistas si para la revocación del mandato conferido al socio sería necesario el acuerdo de todos los socios ó bastaría sólo la reclamación de uno de ellos. La opinión general distingue según que exista ó no causa legítima, y entiende que en el primer caso no es necesario ese concurso porque en él la revocación se funda en la voluntad misma ó en el consentimiento prestado para conferirle la administración, lo cual implica la condición de que el mandatario se conduzca como un buen administrador y, por consiguiente, al incurrir en cualquiera causa legítima de revocación, falta la condición con que implícitamente se presume concedido el mandato, bastando en su virtud la reclamación de cualquiera de los socios. Por el contrario, cuando no existe causa legítima, hay que estimar que la

revocación se funda en un mero cambio de la voluntad de los mandantes, ó sea únicamente en la voluntad en contrario de los mismos y, por lo tanto, será necesario el consentimiento de todos los socios.

Concordancias.—Análogo precepto al de este artículo establecen el 1856 del Código francés y del belga, el 1720 del italiano, el 1266 y 1267 del portugués, el 2100 y 2101 del colombiano, el 2074 y 2075 del chileno, el 1673 del holandés, y concuerda además sustancialmente con el 2838 del de la Luisiana, el 1728 del napolitano, el 1879 del sardo, el 1332 del de Vaud, el 1800 del de Guatemala, el 1857 y 1858 del de Uruguay, el 2037 del el Veracruz-Llave, el 210 del de Prusia, el 1190 del de Austria, el 1862 del de Bolivia, el 1681 y 1682 del de la República Argentina y el 2284 y 2285 del de la Baja California.

El Código mejicano establece en el art. 2413 que el nombramiento de administrador conferido á un socio por el contrato de sociedad no puede ser revocado aun por la mayoría de los consocios, sino con causa legítima; pero si se confiere durante la sociedad, es revocable por mayoría de votos, y á su vez el 2414 dispone que el socio así nombrado no puede renunciar su encargo, sino con consentimiento de la mayoría; mas los que no admitieren la renuncia pueden separarse de la sociedad.

El Código alemán, en su art. 709, sienta el principio de que la gestión de los negocios sociales corresponde en común á los asociados, siendo necesario para cada asunto el asentimiento de todos; pero según el 710 puede confiarse en el contrato de sociedad dicha gestión á uno ó más. Cuando es confiada ésta en dicho contrato á un asociado, puede retirársele por causa grave conforme al art. 712, entendiéndose por tal principalmente la violación de los deberes de un gerente y la incapacidad para desempeñar sus funciones.

ARTÍCULO 1693

Cuando dos ó más socios han sido encargados de la administración social sin determinarse sus funciones, ó sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse á las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal.

ARTÍCULO 1694

En el caso de haberse estipulado que los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros, se necesita el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia ó imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave ó irreparable para la sociedad.

La administración de la sociedad puede ser conferida á un solo socio ó á varios. Al primero de estos casos se refiere el artículo anterior, y al segundo los dos que ahora nos corresponde examinar.

Cuando la administración ha sido concedida á dos ó más socios, puede ocurrir que se determinen ó no sus respectivas funciones, ó que se haya pactado como precisa ó no la intervención ó consentimiento de todos para la validez de los actos administrativos. He aquí los supuestos segundo y tercero de los cuatro á que en el comentario anterior hemos dicho se refieren las disposiciones del Código civil relativas á la administración de las sociedades.

I.—*Caso en que se exija el concurso de los coadministradores.*

El primero de los dos supuestos mencionados se halla regulado por el art. 1693, y, según terminantemente se consigna en él, cada uno de los administradores puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse á las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal.

Tiene sus precedentes dicho artículo en la ley 1.ª, párrafos 13 y 14, tít. 1.º, libro 24, y en la ley 28, tít. 3.º, libro 10, ambas del Digesto, las cuales establecían la misma doctrina consignada en nuestro Código, y aunque los términos del citado artículo son claros y precisos, puede, sin embargo, la inteligencia de su precepto dar lugar á varias cuestiones, de las que hemos de ocuparnos, aunque sea muy someramente, para dejar sentada la solución que, á nuestro juicio, nos parece más conforme á las prescripciones de nuestro derecho.

1.ª La primera de ellas se refiere á la extensión de las facultades de los socios administradores en dicho caso. Cuando se han determinado en el contrato social, ó con posterioridad á él, las funciones propias de cada administrador, es evidente que cada uno de ellos puede obrar libremente dentro de la esfera de sus atribuciones, siempre que no invada las de los otros. Pero cuando no se ha hecho esa determinación ni se ha exigido el concurso de los demás para el desempeño ó el ejercicio de los actos administrativos, que es el supuesto á que se refiere el artículo 1693, pueden hallarse en contradicción las operaciones llevadas á cabo por uno de dichos administradores con las realizadas por los demás, y para evitar la posibilidad de dicho caso y los perjuicios que con ello pudieran originarse á la sociedad, se discute si deben ó no tener alguna limitación en sus facultades los socios encargados de la administración en dicho caso. Pero haciendo aplicación de los principios generales acerca del contrato de mandato, que tanta relación tiene con la materia de

que nos ocupamos, pues los socios administradores de la sociedad son unos verdaderos mandatarios, hay que reconocer que no habiéndose pactado limitación alguna en cuanto á las facultades de los mismos, debe reputárseles conferidas todas las necesarias para el desempeño de su cargo, como en identidad de circircunstancias hay que considerar general el poder para administrar cuando ha sido conferido en términos generales, sin determinarse ninguna limitación ó especialidad en su objeto.

En conformidad con este criterio, todos los administradores nombrados tienen la misma integridad de facultades, ó sea el mismo poder, y cada uno de ellos puede obrar libre é independientemente y sin limitación alguna, como si no existiese más que un solo administrador; sólo que para evitar los inconvenientes que antes hemos indicado pudieran ocurrir, por hallarse en contradicción los actos ú operaciones de un administrador con los de los demás, la ley faculta á cualquiera de ellos para oponerse á los actos de los otros antes de que hubiesen surtido sns legales efectos.

2.ª Ese derecho de oposición á las operaciones de uno ó más de los socios administradores, puede dar lugar también ó otra cuestión.

En efecto, ¿la acción nacida de ese precepto de la ley puede ser ejercitada por cualquier socio ó sólo por los encargados de la administración? Esta duda fué objeto de larga controversia entre los intérpretes de los Códigos extranjeros que no establecieron limitación alguna, pero el art. 1693 del nuestro hace imposible, á nuestro juicio, toda discusión sobre este punto, puesto que de los términos del mismo resulta concedido tan sólo ese derecho á los administradores. Sólo á ellos se refiere su precepto, y si la intención del legislador hubiera sido otorgarle á todos los asociados no habría empleado la locución que se consigna en la última parte del mismo, sino que expresamente hubiese dicho que cualquier socio podía oponerse á las operaciones de los administradores ó de alguno de ellos. Además, la limita-

ción indicada se halla conforme con la situación creada por los socios al conferir la administrción á determinados compañeros suyos, pues por efecto de dicho mandato ellos se despojan de toda intervención en la administración, delegando sus propias facultades en el socio ó socios nombrados, y, por lo tanto, no pueden ingerirse en la misma poniendo su veto á ninguno de los actos administrativos, ni impedir el libre ejercicio de sus funciones propias á ninguno de los administradores. Cierto es que éstos con sus actos pueden perjudicar los intereses de los socios, pero para reparar dichos perjuicios está la responsabilidad impuesta por la ley á los administradores.

La limitación fijada por el citado artículo al derecho de los administradores para oponerse á las operaciones de cualquiera de los encargados de la administración, es perfectamente lógica, pues una vez que dichas operaciones hubieren producido efecto legal, podrían afectar á las mismas terceras personas, y vendría en otro caso á convertirse esa facultad en una potestad rescisoria que privaría de estabilidad y firmeza á las operaciones sociales. Basta esta indicación para que se comprenda cuán conveniente aparece que la ley haya fijado dicho límite al derecho de oposición mencionado.

3.ª Otra duda puede suscitarse con motivo de la interpretación del precepto de que nos ocupamos, y se refiere á la responsabilidad de los administradores en el supuesto indicado.

La ley admite la posibilidad de que sean varios los socios administradores, pero no dice en qué términos han de ser responsables de sus actos. Si se hubieren determinado las facultades de cada uno de ellos, claro es que la responsabilidad sería individual, y de cada acto ejecutado con arreglo á ellas, sólo respondería el administrador autorizado para realizarlo, respondiendo igualmente cada administrador de los que por sí hubiere ejecutado traspasando los límites de la delegación hecha. Mas cuando no exista esa expresa determinación de atribuciones, ¿responderán todos los administradores de los actos administrativos de cualquiera de ellos?

El Código no contiene disposición alguna que dé contestación concreta á esta pregunta, pero viene á decidir dicha cuestión el art. 1723 del mismo que, contrayéndose al contrato de mandato, dice que la responsabilidad de dos ó más mandatarios, aunque hayan sido instituídos simultáneamente, no es solidaria si no se hubiere expresado así. Y como el administrador de una sociedad se encuentra en el mismo caso que el mandatario, debe entenderse que cuando fueren varios y no se exija el concurso de todos para un acto administrativo, no son solidariamente responsables, á no ser que así se pactara expresamente en el contrato de sociedad ó en el acto en que se le confiriese la administración. Además, como cada socio administrador obra con independencia de los demás, no deben ser responsables éstos de los actos de aquél. No sucederá lo mismo cuando se exija dicha concurrencia, porque entonces existe la solidaridad administrativa, y los actos derivados de ella no tienen carácter individual é independiente por requerir el concurso de todos los encargados de la administración, y sólo cuando se dé el caso de la excepción autorizada en la última parte del art. 1694 será cuando pueda prescindirse de dicha solidaridad.

II.- *Caso en que no se exija dichó concurso.*

Hasta aquí nos hemos ocupado del primero de los supuestos á que se refieren los dos artículos objeto de este comentario. En cuanto al segundo, que es el regulado por el citado art. 1694, basta indicar que el principio general establecido como norma en este caso, es que no pudiendo funcionar ninguno de los administradores sin el consentimiento de los demás, es necesario el concurso de todos para la validez de los actos administrativos, y por lo tanto, no podrá ejercer uno solo las funciones administradoras sin que preceda una nueva convención que así lo autorice modificando las primitivas condiciones de la designación ó nombramiento.

Tan indispensable es dicha concurrencia que no puede pres-

cindirse de ella aunque alguno de los administradores estuviese impedido de concurrir á los actos de la administración; y por eso dice el artículo citado, que no puede alegarse en contra de la regla antes indicada la ausencia ni la imposibilidad de alguno de ellos. Sin embargo, una excepción admite dicho precepto, y es cuando hubiere peligro inminente de un daño grave é irreparable para la sociedad.

Los tratadistas estaban conformes en que debía prescindirse del rigor del principio consignado en los Códigos extranjeros anteriores al nuestro cuando se tratase de un acto de urgencia de cuya omisión pudiera originarse un grave é irreparable perjuicio á la colectividad, pero en nuestro derecho, los autores del citado art. 1694 estrecharon aun más los límites de la excepción en los términos indicados, exigiendo, no ya la posibilidad del daño por la omisión del acto administrativo, sino la existencia ó realidad de un peligro inminente de dicho daño.

En el Código civil francés no se autorizaba esta excepción, lo cual dió lugar á cuestiones graves de difícil resolución en algunas ocasiones, y los autores del nuestro, siguiendo el ejemplo que ofrece la legislación italiana, han puesto término á ellas estableciendo la disposición citada, análoga á la contenida en el artículo 1722 de la misma. Y como la ley no consigna regla ninguna para apreciar cuándo exista ó no la inminencia del peligro á que se refiere, tiene que quedar al recto criterio del Tribunal dicha apreciación, en el caso de que fuere impugnada la eficacia jurídica de la obligación contraída por uno de los administradores á nombre de la sociedad en dichas circunstancias.

Excusado es decir que la disposición que autoriza á uno de los administradores en el supuesto indicado para proceder por sí sólo en caso de inminente peligro de un daño grave é irreparable, no puede tener aplicación cuando uno de los administradores, en virtud de su derecho de impugnación, se opone al acto que se trata de realizar, pues siendo una condición esencial del mandato conferido que haya de administrarse con el consentimiento de todos los administradores, es indudable que faltando dicha

condición no se está dentro de los límites del mandato y decae el poder otorgado al administrador.

Cuanto tenemos dicho respecto de los dos supuestos mencionados, se refiere al caso en que la administración se confiera á dos ó más socios y no á dos ó más personas extrañas á la sociedad, pues entonces el contrato celebrado con ellos sería el de arrendamiento de servicios, y sus facultades, así como sus derechos y obligaciones, se regirían por dicho contrato, sin que pudieran tener aplicación las disposiciones que examinamos.

Concordancias.—El art. 1693 concuerda con los siguientes: el 1721 del Código italiano, el 1268 del portugés, el 1857 del francés y del belga, el 1674 del holandés, el 2102 del de Colombia, el 2076 del de Chile, el 1863 del de Bolivia, el 1859 del del Uruguay, el 1692 del de la República Argentina, el 2422 del de Méjico, el 2290 del de la Baja California, el 2038 del de Veracruz-Llave, el 2839 del de la Luisiana, el 1729 del de Nápoles, el 1333 del de Vaud y el 1880 del sardo.

El art. 1694 concuerda, á su vez, con el 1858 del Código francés y del belga, el 1722 del italiano, el 1675 del holandés, el 1269 del portugués, el 2102 del de Colombia, el 2076 del chileno, el 1864 del de Bolivia, el 2840 del de la Luisiana, el 1334 del de Vaud, el 1859 del del Uruguay en su apartado 2.º, el 2423 del de Méjico y Campeche, el 2291 del de la Baja California, el 2039 del de Veracruz Llave, el 1730 del de Nápoles y el 1881 del sardo.

ARTÍCULO 1695

Cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará á la sociedad; pero cada uno podrá oponerse á las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal.

2.ª Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según costumbre de la tierra, con

tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, ó de tal modo que impida el uso á que tienen derecho sus compañeros.

3.ª Todo socio puede obligar á los demás á costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes.

4.ª Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil á la sociedad.

Este artículo se refiere al cuarto de los supuestos á que se contraen las disposiciones del Código relativas á la administración de las sociedades, y tiene sus precedentes también en la legislación romana (1).

Aunque no es frecuente el caso, pues lo natural es que en el contrato de constitución de la sociedad se estipule lo relativo á la forma y condiciones de la administración de la misma, en lo posible está que no se establezca pacto alguno sobre ello, y por esto ha tenido que ocuparse el Código de tal supuesto para dicha eventualidad.

Las cuatro reglas que establece para regir las relaciones que los socios tienen entre sí en este caso con relación á la administración social, y para regular ésta, son tan claras y explícitas, que no necesitan comentario alguno después de las indicaciones que tenemos hechas al examinar los artículos anteriores, bastando la mera exposición de las mismas para su debida inteligencia, y para que quede plenamente esclarecido el alcance y recto sentido de cada una de ellas.

La primera de dichas reglas es reproducción de la doctrina consignada en el art. 1693, porque en realidad obran respecto de todos los socios en general los mismos motivos que en el caso del citado artículo concurrían en cuanto á los dos ó más

(1) Véanse ley 1.ª, párrafos 13 y 14, tít. 1.º, libro 24; la 28, tít. 3.º, libro 10 y la 6.ª, párrafo 12, libro 10, todas del Digesto.

socios á quienes se hubiese encargado la administración de la sociedad; y existiendo esa identidad de circunstancias, debe ser una misma la disposición en ambos casos. En su virtud, serán nulos los actos administrativos ejecutados por un socio contra la oposición de otro si éste los impugnare en tiempo hábil, es decir, antes de que las operaciones así realizadas hayan producido efecto legal. En este caso, como los socios no se han desprendido de sus facultades administrativas delegándolas en uno ó varios socios, sino que todos las conservan y son administradores, el derecho de oposición es extensivo á todos ellos, pudiendo cualquiera de los asociados ejercitar la acción correspondiente nacida de ese derecho.

La segunda de las reglas citadas se funda en un principio de equidad sancionado por casi todas las legislaciones. El derecho de cada uno de los socios para servirse de las cosas que componen el fondo social, es igual para todos, y por todos debe ser respetado, no teniendo más limitaciones que la de haber de ajustarse á la costumbre de la localidad por no existir pacto que regule su uso, y la de no servirse de ella de modo que perjudique al interés de la sociedad ó que impida á los demás el uso á que tienen derecho.

Lo mismo debemos decir respecto de la tercera de las mencionadas reglas, porque los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes no pueden rehuirse sin renunciar á ellas y aun los gastos que se hubieren hecho en beneficio de las mismas, y por lo tanto en beneficio de todos los socios, podrán repetirse ó reclamarse conforme á los principios generales del derecho, á menos de haber mediado prohibición ú oposición, cuya doctrina está conforme con la establecida en la ley 6.ª, párrafo 12, tít. 3.º, libro 10 del Digesto.

En cuanto á la cuarta de las reglas consignadas, únicamente tenemos que exponer para su recta inteligencia que el consentimiento de los consocios, á que se refiere, no es necesario que sea expreso sino que basta el presunto que se deriva del hecho de tener conocimiento de la novedad introducida y no haberse

opuesto á ello, pues aparte de la conformidad que implica con lo ejecutado, «hay culpa, como dice un autor, en no prohibir lo que se sabe cuando hay derecho para prohibirlo», y, por lo tanto, el que ha incurrido en esa omisión debe sufrir las consecuencias de ella, aceptando lo hecho por el consocio. La prohibición consignada en dicha regla para hacer alteración en las cosas sociales se limita, según sus propios términos, á los bienes inmuebles, y desde luego se comprende que el fundamento de dicha limitación consiste en la mayor importancia de los mismos con relación á los muebles y en que han de devolverse aquéllos á sus aportadores en las mismas condiciones en que se aportaron, según veremos más adelante.

Como en dicha regla no se trata de gastos necesarios, sino tan sólo de los útiles, no se ha podido hacer extensivo á los mismos el precepto contenido en la tercera, estando conforme la doctrina establecida en dichas reglas con las disposiciones generales en su oportunidad examinadas respecto de los gastos y mejoras necesarias y útiles de las cosas poseídas en común.

El Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 17 de Noviembre de 1898 que el presente artículo sólo atribuye á los socios el carácter de administradores de la sociedad para gestionar en beneficio de la masa social, por lo que es visto que la acción derivada de dicho artículo únicamente puede referirse á los casos en él mencionados.

Concordancias.—Este artículo concuerda con el 1859 del Código francés y del belga, el 1723 del italiano, el 1270 del portugués, el 1676 del holandés, el 2084 del chileno, el 2017 del de Colombia, el 1801 del de Guatemala, el 1860 del del Uruguay, el 1865 del de Bolivia, el 206 del de Prusia, el 2841 del de la Luisiana, el 1335 del de Vaud, el 1676 y 1677 del de la República Argentina, el 2040 del de Veracruz-Llave, el 2424 al 2428 del de Méjico, el 2292 al 2296 del de la Baja California, el 1731 del de Nápoles y el 1882 del sardo.

ARTÍCULO 1696

Cada socio puede por sí solo asociarse un tercero en su parte; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador.

Este artículo, como los tres anteriores, no tienen precedentes concretos en la legislación de Castilla, pero sí en el Derecho romano (1).

Análoga disposición contiene el art. 1861 del Código civil francés, y en la exposición de motivos del mismo encontramos consignado con gran claridad el fundamento y la razón legal de dicho precepto, el cual es consecuencia natural y lógica de la naturaleza y circunstancias especiales del contrato de sociedad.

Respetando el legislador, como no podía menos de respetar, el derecho propio de cada socio, independiente del de la sociedad, é inspirándose en el criterio de libertad, base de toda la materia de contratos y especialmente del relativo á las sociedades civiles, autoriza á los socios para que por sí solos se asocien un tercero en su respectiva parte, pero este asociado no podrá serlo de la sociedad sin el consentimiento unánime de todos los que la forman.

La razón de dicha prohibición es la que hemos indicado ya, pues siendo la confianza mutua entre los socios la base de la sociedad, no puede ninguno de ellos, sin violar la esencia de la misma, imponer á los demás un asociado, que si bien le merezca á él confianza, pueda tal vez no inspirarla á los restantes, ó cuyas cualidades personales puedan ser contrarias á los intereses sociales. Pero aparte de esta consideración de orden moral, hay otro motivo jurídico que se opone á ello. En efecto, el aso-

(1) Véanse las leyes 19 y 20 del tít. 2.º, libro 17 del Digesto.

ciar un tercero á la sociedod es modificar el contrato social, y como en él no puede introducirse ninguna modificación más que con el concurso de todos los que formaron la primitiva convención, por eso no es admisible que ingrese en la sociedad sin el consentimiento de los demás socios el tercero que se hubiere asociado en su parte uno de ellos.

No sucede lo mismo respecto de la asociación de un tercero por un socio en la parte que á éste corresponde, pues como con ello no se altera el contrato social, ni el tercero tiene intervención ni derecho propio alguno en la sociedad, permaneciendo extraño á ella, no se necesita la conformidad de los demás socios para un acto que es puramente personal de los que le llevan á cabo. El tercero, en dicho caso, no tiene otro carácter que el de un acreedor del que le asoció en su parte, y por eso no tiene acción contra la sociedad, sino únicamente contra dicho socio. Con lo dicho queda suficientemente justificada la necesidad del consentimiento exigido para que el tercero pueda ingresar en la sociedad en dicho caso.

Los intérpretes del Código francés y de algunos otros, cuya redacción en este punto no resulta tan precisa como en el nuestro, discutían si sería suficiente el acuerdo de la mayoría de los socios para autorizar el ingreso del tercero en la sociedad; pero el artículo que examinamos ha venido á hacer imposible toda discusión acerca de ello al requerir para dicho efecto el consentimiento *unánime* de los socios, lo cual implica que no haya oposición por parte de ninguno de ellos. Y no puede menos de ser así, pues como la mayoría no tiene facultad para cambiar el pacto social, tampoco puede tenerla para alterar la sociedad, haciendo entrar en ella á un asociado contra la voluntad ó sin el consentimiento de los demás.

¿En qué forma debe ser dado ese consentimiento? Sobre esto discuten también los autores; pero no existiendo, como no existe, disposición alguna en el Código acerca de ello, habrá que estar á los principios generales del derecho. Véase lo que en su oportunidad dijimos sobre la materia al estudiar el con-

sentimiento como uno de los requisitos necesarios de los contratos.

La disposición de este artículo no puede tener aplicación en las sociedades por acciones, pues éstas son transmisibles con arreglo á los estatutos, si éstos no lo prohiben, y el adquirente de una de ellas se sustituye en el socio que se la transmitió. La razón es que realmente las sociedades por acciones no son asociaciones de personas, cuya confianza mutua sirva de base á la misma, sino más bien una reunión de capitales para un fin común, que es el objeto social, y cada uno de los que adquieren una acción tiene la cualidad de asociado sin consideración á la persona, pues lo que le da la condición de socio es la posesión de la acción adquirida. Y como en esta clase de sociedades se prescinde de la persona y de sus condiciones ó cualidades y no se atiende más que al hecho de la posesión indicada de la acción, para admitirle á ingreso en la misma, no concurre respecto de ella la razón que sirve de fundamento á la disposición de este artículo.

Concordancias.—Ya hemos dicho que el art. 1861 del Código francés preceptúa sustancialmente lo mismo, y concuerda además el artículo que examinamos con el 1725 del Código italiano, el 2114 del colombiano, el 2088 del chileno, el 1678 del holandés, el 1271 del portugués, el 1861 del belga, el 1185 del austriaco, el 1867 del de Bolivia, el 2842 del de la Luisiana, el 1337 del de Vaud, el 1872 del del Uruguay, el 1703 del de la República Argentina, el 2041 del de Veracruz-Llave, el 1733 del de Nápoles y el 1884 del sardo.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS PARA CON UN TERCERO

Los socios no sólo contraen obligaciones entre sí, sino que, como miembros de la sociedad constituída por ellos, tienen que ponerse en relación jurídica con terceras personas extrañas á la

misma para el cumplimiento del fin social durante la existencia de ella, dando lugar á recíprocos derechos y obligaciones. De las contraídas en este concepto se ocupa la presente sección de este capítulo, así como fueron objeto de la anterior las obligaciones propias de las relaciones jurídicas de los socios entre sí.

Materia muy discutida por los tratadistas ha sido la de la responsabilidad de los socios para con los terceros; pero en las reglas contenidas en los tres artículos que componen esta sección, se ha procurado dar solución conveniente á las cuestiones suscitadas con motivo de dicha controversia.

Las sociedades civiles, dicen, aunque constituyen una entidad con vida propia, no tienen una personalidad independiente de los socios que la forman, si bien es distinta de la de éstos la suya; y por eso el tercero no obliga á la sociedad, sino al socio ó socios con quienes particularmente hubiere contratado, sin perjuicio de que los socios contratantes, en nombre y en interés de la misma, repitan contra los demás en la proporción establecida. Por eso, porque la sociedad no contrae *directamente* ninguna relación jurídica con los terceros, no habla el Código de las obligaciones de la sociedad para con éstos, sino tan sólo de las que contraen los socios que en interés de ella contratan con los mismos.

Cualquiera que sea el fundamento de esta doctrina, no hemos de examinarlo ahora, pues á nuestro objeto basta consignar que, según el criterio adoptado en nuestro Código, el socio que contrata con un tercero alguna de las operaciones sociales, no puede obligar á la sociedad en todos los casos ni en cualquier forma que lo haga, sino que, por el contrario, para quedar obligada por sus actos la sociedad, es indispensable que haya obrado con el carácter de socio por cuenta de ella, que tenga poder para obligarla, expreso ó tácito, y que estén dentro de su poder ó mandato los actos realizados por el mismo.

ARTÍCULO 1697

Para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios, se requiere:

1.º Que el socio haya obrado en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad.

2.º Que tenga poder para obligar á la sociedad en virtud de un mandato expreso ó tácito.

3.º Que haya obrado dentro de los límites que le señala su poder ó mandato.

ARTICULO 1698

Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad; y ninguno puede obligar á los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello.

La sociedad no queda obligada respecto á tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre ó sin poder de la sociedad para ejecutarlo; pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la regla 1.ª del art. 1695.

ARTICULO 1699

Los acreedores de la sociedad son preferentes á los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social.

Estos tres artículos son las únicas disposiciones del Código que especialmente regulan las obligaciones de los socios para con los terceros, y debemos examinarlos conjuntamente por el enlace que entre sí tienen sus preceptos, y para la mayor claridad en cuanto á su inteligencia.

En el primero de ellos se establece el principio general que hemos indicado ya y que sirve de base á toda la doctrina consignada en el Código respecto de dicha materia. Según él no pueden obligar los socios á la sociedad más que en el caso en que concurran los tres requisitos exigidos en dicho artículo, y la concurrencia de todos es tan indispensable y precisa, que la falta de cualquiera de ellos libertará á la sociedad de la obligación, y el tercero sólo podrá dirigir su acción contra el que con él contratara.

El primero de dichos requisitos no necesita explicación ni comentario alguno. El socio que contrata por ó para la sociedad debe obrar en su carácter de socio y en interés de todos, ó sea por cuenta de la sociedad, pues si lo hiciere en nombre propio, aunque sea con autorización de los demás socios, el tercero no tendrá acción más que contra el contratante.

En cuanto al requisito segundo, ha hecho bien el Código en poner término con él á las discusiones que los tratadistas promovían respecto á las condiciones ó clase del poder necesario para que el socio pudiera obligar á la sociedad, pues á virtud de la disposición contenida en el núm. 2.° del citado artículo, no es dable ya duda alguna acerca de ello, pudiendo ser dicho poder *expreso ó tácito*. Cierto es que en el primer caso el tercero que contrata con el socio tiene más garantías de la autorización de éste para obligar á la sociedad, pudiendo antes y en todo tiempo comprobar las facultades concedidas al mismo, y si se excede ó no en el contrato de los límites del poder otorgado; pero admitido por el Código, en su artículo 1710, el mandato tácito y aun el verbal, no había razón para dejar de admitirlo en este caso.

Menos explicación aun requiere el tercero de los requisitos citados, el cual se limita á reproducir la norma fijada al mandatario para que sus actos puedan obligar al mandante.

De las indicaciones que preceden resulta que las disposiciones consignadas en el art. 1697, primero de los que comprende este comentario, constituyen la exacta y acertada aplicación de

las prescripciones que regulan el contrato de mandato, pues como tenemos repetido en varias ocasiones, se encuentra en las mismas circunstancias que el mandatario para con el mandante el socio que contrata en interés ó en representación de la sociedad.

Establecido en el citado artículo el principio de que el socio que contrata con un tercero puede obligar á la sociedad siempre que concurran las circunstancias indicadas, procede examinar las consecuencias jurídicas que puedan surtir sus actos, según que se haya ajustado ó no en ellos á las condiciones indicadas.

Las reglas que para este efecto consigna el Código son las contenidas en los dos artículos siguientes, ó sean el 1698 y 1699, y por eso hemos dicho que entre ellos existe estrecho enlace, como que las disposiciones establecidas en éstos son consecuencia del precepto sancionado en aquél.

La primera de dichas reglas es que los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad, y ninguno de ellos puede obligar á los otros *por un acto personal,* si no le han conferido poder para ello.

La razón jurídica de esta regla es, que las relaciones de derecho entre la sociedad y los socios se regulan por la ley del contrato, y esta misma es la que determina la extensión de las respectivas responsabilidades de aquélla y de éstos. En su virtud, si en el contrato de sociedad no han facultado los socios á uno de ellos para obligar á la colectividad y no le han otorgado después poder para esto, los efectos de la relación contractual llevada á cabo por dicho socio con un tercero, tendrán que regirse por los principios generales que rigen la materia de sociedades. Esto sentado, si para que en ese caso obligue el socio á la sociedad, es preciso, con arreglo al art. 1697, que obre en su carácter de socio y por cuenta de la sociedad, que tenga poder bastante para ello y que no traspase los límites de éste, claro y evidente resulta que careciendo de dicho poder y no obrando en su cualidad de tal y en nombre de todos, ó sea por cuenta de la sociedad, cuando realiza un acto personal, no podrá obligar á los

otros, como en dicha regla se previene. Además, en cuanto á la solidaridad de la responsabilidad de los socios, basta indicar que, según precepto terminante del art. 1137, general para toda clase de obligaciones, cuando éstas tienen por causa la voluntad, sólo habrá lugar á la solidaridad si expresamente se determina en el título de que trae origen la obligación, constituyéndose ésta con dicho carácter. Si, pues, la solidaridad sólo se debe por pacto ó por ley, es evidente que el socio no puede quedar obligado solidariamente por las deudas de la sociedad, porque no hay disposición legal que le imponga dicha carga, y porque ésta, no sólo no se halla autorizada por el contrato de sociedad, sino que es contraria á la índole de la misma, pues siendo el lucro la causa de la obligación, no puede extenderse ésta á más del interés que tiene en aquél el socio, que es proporcional á su haber.

Al examinar el art. 1681, vimos que el socio es sólo deudor á la sociedad de aquello que prometió aportar y de la evicción respecto de las cosas ciertas y determinadas que hubiere aportado á ella, y no puede imponérsele una obligación distinta como sería la de responder solidariamente por los otros socios de las deudas sociales, á no existir pacto especial en que á ello se comprometiera. Lo contrario sería violar la condición de igualdad que es base esencial de dicho contrato, y por ese medio podría un socio enriquecerse á expensas del acreedor sin que experimentase aquél perjuicio ni pérdida alguna si los otros hubieran de pagar en toda su integridad la deuda.

La segunda de las reglas que rigen los efectos jurídicos de los contratos celebrados por un socio con un tercero consignada se halla en el párrafo 2.º del art. 1698, y según ella, la sociedad no quedará obligada respecto del tercero por los actos que el socio hubiere realizado en su propio nombre, ó sin poder de la misma para ejecutarlo. Esta regla es también consecuencia lógica y precisa de las prescripciones consignadas en los números 1.º y 2.º del art. 1697, que exigen, para quedar obligada la sociedad, que el socio no obre en su propio nombre, sino en su carácter de socio y por cuenta de la sociedad, y además, que ten-

ga poder bastante para ello, expreso ó tácito. Lo mismo sucederá por identidad de razón, aunque no lo dice la regla indicada, en el caso de que el socio contrate en nombre de la sociedad y con poder suficiente de la misma si se excediere de los límites señalados en dicho poder, pues entonces faltaría el requisito tercero de los impuestos por dicho art. 1697 para que los actos del socio que contrata con un extraño obliguen á la colectividad.

Esto no obsta para que la sociedad, si bien no quede obligada para con el tercero, responda al socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella, y así se consigna expresamente en el párrafo 2.º del art. 1698, conforme á un principio de equidad y de justicia que no puede ponerse en duda; pero aunque no lo dispusiera dicho precepto, obligado vendría á ello por mandato expreso del art. 1688, el cual obliga á la sociedad á responder, entre otras cosas, de las obligaciones que cualquier socio hubiere contraído de buena fe para los negocios sociales.

Réstanos exponer, por lo que respecta á la regla 2.ª mencionada, que ésta debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en la 1.ª del art. 1695, según terminantemente se ordena en el párrafo 3.º del 1698. Es, por lo tanto, su precepto una disposición condicionada por la que hemos indicado, referente á las facultades de los socios cuando en el contrato social no se estipula nada acerca de la administración de la sociedad, pues, como dijimos al examinar dicho supuesto, todos los socios son considerados por igual administradores ó apoderados de ella, y lo que cualquiera de éstos hiciere por sí sólo obligará á la sociedad, salvo siempre el derecho de cada uno para oponerse á las operaciones de los demás, antes de que éstas hayan producido efecto legal.

Finalmente; la regla 3.ª de las indicadas, tiene su sanción en el art. 1699, y, con arreglo á él, los acreedores de la sociedad son preferentes á los de cada socio sobre los bienes sociales; pero sin perjuicio de ese derecho pueden éstos pedir el embargo

y remate de la parte que el deudor tenga en el fondo social. El fundamento de esa preferencia es que los acreedores sociales lo son de una entidad jurídica distinta de la personalidad de cada socio, y sólo á ellos deben responder en primer término el fondo social; pero como después de cubiertas las deudas de la sociedad puede quedar alguna parte que haya de distribuirse entre los socios, no hay razón alguna para impedir que la parte proporcional correspondiente á cada uno de ellos sea sujeta á las responsabilidades personales del mismo, independientes de sus obligaciones para con aquélla. Como veremos más adelante, esa facultad, concedida á los acreedores particulares de cada socio, da lugar á uno de los modos de extinción de la sociedad.

Concordancias.—El art. 1697 tiene sus precedentes en el derecho romano, en el que se aplicaba á los casos expresados en el mismo el principio consignado después en la ley 27, tít. 34 de la Partida 7.ª, ejercitando la acción *in rem verso;* y concuerda dicho artículo con el 1880 y el 1881 del Código del Uruguay, el 2094 del de Chile, el 1748 del de la República Argentina, el 2434 del de Méjico y de Campeche y el 2302 del de la Baja California.

El art. 1698 concuerda á su vez con el 1862 del Código francés, el 1726 del italiano, el 1272 del portugués, el 1862 del belga, el 1679 del holandés, el 2121 del colombiano, el 2095 del chileno, el 1868 y el 1869 del de Bolivia, el 230 del de Prusia, el 1201 del de Austria, el 1338 del de Vaud, el 2843 del de la Luisiana, el 1882 del del Uruguay, el 1746 y el 1747 del de la República Argentina, el 2435 y el 2436 de los de Méjico y Campeche, el 2303 y el 2304 del de la Baja California, el 1734 del de Nápoles y el 1885 del sardo. Y el art. 1699 concuerda igualmente con el 1863 de los Códigos francés y belga, el 1727 del italiano, el 1274 del portugués, el 1870 del de Bolivia, el 2844 del de la Luisiana, el 1680 del de Holanda, el 1833 del del Uruguay, el 2096 del de Chile, el 1754 y el 1757 del de la República Argentina y el 2045 del de Veracruz-Llave.

CAPÍTULO III

De los modos de extinguirse la sociedad.

Los autores reconocen tres modos distintos de extinguirse la sociedad, que son: 1.°, por disposición de la ley; 2.°, por voluntad manifiesta de alguna de las partes contratantes, y 3.°, por sentencia del juez competente; pero el Código civil en el presente capítulo sólo se ocupa de los dos primeros, puesto que en cuanto al tercero no corresponde al derecho sustantivo su determinación, y dicha causa de disolución es una consecuencia de la primera, toda vez que, aparte de la declaración de quiebra, se refiere al incumplimiento de las prescripciones legales que regulan dicha institución.

En el derecho antiguo la legislación de Partidas admitía cinco causas de extinción de la sociedad, de las cuales cuatro se hallaban establecidas en la ley 10, tít. 10 de la Partida 5.ª, y otra en la ley 11 del mismo título y Partida. Las primeras eran la muerte natural de un socio, la muerte civil, ó sea la interdicción civil, la insolvencia ó quiebra y la pérdida de la cosa objeto de la compañía ó la conclusión del negocio á que se dedicare, y la última consistía en la renuncia de cualquier socio hecha saber oportuna y convenientemente, la cual surtía distintos efectos según que la sociedad tuviera ó no un término y un fin previamente señalados en el contrato social.

Separándose, en parte, de dicha doctrina, el Código precisa los modos de extinción citados, estableciendo dentro de las sociedades civiles una especial distinción con arreglo á los términos de su constitución: distinción que es una consecuencia lógica del precepto contenido en el art. 1670 del mismo, que declaró aplicables las disposiciones del Código de Comercio á las que

adoptaran una de las formas reconocidas en el mismo en cuanto no se opongan á los preceptos de la legislación civil.

La especialidad que establece para dichas clases de sociedades, consiste en que algunas de las causas de extinción admitidas por el mismo no tienen aplicación respecto de ellas, pues como veremos más adelante, no se disolverá la sociedad á pesar de concurrir dichas causas cuando deba subsistir con arreglo al citado Código de Comercio. Por lo tanto, las prescripciones del presente capítulo, sólo tienen aplicación en su integridad en las sociedades civiles propiamente dichas, como las llama un autor, ó sea respecto de aquellas que no se hubieren constituído adoptando alguna de las formas antes indicadas.

Las disposiciones que el mismo comprende establecen algunas innovaciones que han sido en distintas ocasiones censuradas por considerar que no están en armonía con las demás legislaciones extranjeras, ni con las opiniones de autorizados tratadistas; pero en el ulterior examen que hemos de hacer de las mismas, quedará evidenciada la falta de fundamento de dicha impugnación. Una de las reformas más importantes introducidas en esta materia, es la relativa á la continuación de la sociedad con el heredero del socio difunto, que autoriza el art. 1704.

ARTÍCULO 1700

La sociedad se extingue:

1.º Cuando espira el término por que fué constituída.

2.º Cuando se pierde la cosa, ó se termina el negocio que le sirve de objeto.

3.º Por la muerte natural, interdicción civil ó insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el art. 1699.

4.º Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción á lo dispuesto en los arts. 1705 y 1707.

Se exceptúan de lo dispuesto en los número 3.º y 4.º de este artículo las sociedades á que se refiere el ar-

tículo 1670, en los casos en que deban subsistir con arreglo al Código de Comercio.

En este artículo se consignan las cuatro causas principales de extinción de las sociedades civiles, de las que las tres primeras son las de más general aplicación, pues si bien en el número 4.° y en el art. 1705 se autoriza otra que es la de la voluntad ó renuncia de uno de los socios, ésta sólo produce dicho efecto en determinados casos, según veremos al comentar dicho artículo.

Los cuatro modos de extinción que este artículo establece, son aplicables á todas las sociedades civiles en que no concurra la especialidad que hemos dicho en las indicaciones con que encabezamos el estudio del presente capítulo, es decir, á todas las que no hayan adoptado alguna de las formas reconocidas por el Código de Comercio.

Mas los términos de su precepto no tienen un valor tan absoluto como parece deducirse del sentido gramatical de los mismos, porque se hallan atenuadas y aun modificadas sus disposiciones por las de los artículos siguientes.

En efecto; la primera de ellas, ó sea el transcurso del término por el que fueran constituídas, tiene su excepción en el artículo 1702, según el que la sociedad constituída por tiempo determinado puede prorrogarse por consentimiento expreso ó tácito de todos los socios. La tercera, consistente en el fallecimiento de uno de los socios, no producirá siempre, y en todo caso, la disolución, pues el art. 1704 autoriza el pacto de que en dicho caso continúe la sociedad con los que sobrevivan solamente ó con éstos y el heredero del finado, y tanto la segunda como la cuarta pueden ser susceptibles de modificación.

De dichos cuatro modos de extinción, el más natural y común es el de la conclusión del negocio que sirve de objeto á la sociedad, y no requiere éste explicación alguna, porque una vez cumplido el fin que los socios se propusieron al constituirla, desaparece la razón de su existencia y el motivo ú objeto que

dió origen á la formación de la misma, y, como dice un autor, no se concibe ni es posible ninguna relación jurídica sin un objeto cierto y determinado.

De las restantes, la primera no ofrece tampoco grandes dudas, pues es indiscutible, dentro de los buenos principios, que el transcurso del tiempo fijado en el contrato de sociedad para la duración de la vida de la misma debe poner término á su existencia; pero, según hemos indicado, pueden prorrogarla los socios, y entonces dejará dicha causa de producir sus efectos extintivos Al examinar los arts. 1702 y 1703, veremos como pueden prorrogarse las sociedades constituídas por tiempo determinado, y cuáles sean los efectos de dicha prórroga, según los casos y las circunstancias en que se lleve á efecto.

En cuanto á la pérdida de la cosa, están conformes casi todos los Códigos en considerarla como causa de disolución, y aun alguno, como el del Uruguay, amplía el precepto disponiendo que no sólo se disuelva la sociedad por la pérdida, como en el nuestro, sino que, además, autoriza á los otros socios para darla por disuelta cuando alguno de ellos, por su hecho ó culpa, dejare de poner en común las cosas ó la industria que se obligó á aportar. Al ocuparnos del artículo 1701 ampliaremos estas indicaciones, pues en él tiene su complemento y su condicionalidad la regla establecida respecto del particular en el presente.

El fallecimiento de uno de los socios hemos dicho que puede no ser causa de extinción cuando se pactare en la escritura de constitución la continuación con los sobrevivientes ó con éstos y el heredero. «La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de Septiembre de 1907, va aun más allá:» la muerte de uno de los socios no extingue *ipso facto* la sociedad, cuando de común acuerdo los que sobreviven y los herederos del fallecido determinan su continuación, debiendo estimarse la escritura que con tal fin se otorgue, como una continuación de la fundamental.

Para evitar repeticiones, nos remitimos al art. 1704, que sirve también de complemento á la disposición relativa á este

modo de extinción. Pero el Código lo ha hecho extensivo además á la interdicción civil, á la insolvencia de cualquiera de los asociados y al caso en que los acreedores de un socio pidieren el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social. Los dos primeros de estos casos los ha tomado de la legislación de Partidas y el tercero del art. 1699, cuyo comentario puede verse como ampliación de estas indicaciones.

Por lo que se refiere á la renuncia voluntaria de un socio, último de los modos de extinción consignados en este artículo, debemos únicamente exponer ahora que dicha causa no es absoluta, sino condicionada por los preceptos de los arts. 1705, 1706 y 1707, porque la ley no podía dejar en manos de los asociados el medio de disolver la sociedad sin más reglas que su arbitrio ó su voluntad caprichosa, y ya que tuvo que aceptar dicho modo de extinción, sancionado en nuestro antiguo derecho por la legislación de Partida, ha procurado rodearla de todas las garantías posibles para evitar abusos, en otro caso ineludibles.

Las causas 3.ª y 4.ª de las mencionadas no rigen para las sociedades que hubieren adoptado alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio, pues, según hemos dicho ya, ha establecido, respecto de ellas, la legislación civil la especialidad de que, á pesar de concurrir alguna de dichas causas, no se disuelvan cuando deban subsistir con arreglo á dicho Código, el cual, según el art. 221, sólo prescribe la disolución total de las compañías, cualquiera que fuere su clase, por el cumplimiento del término prefijado en el contrato ó la conclusión de la empresa, por la pérdida entera del capital y por la quiebra. Además, con arreglo á dicho Código, las sociedades colectivas y las comanditarias se disuelven solamente: 1.º, por la muerte de uno de los socios colectivos, si no contiene la escritura pacto expreso de continuar en la sociedad los herederos del difunto, ó de continuar ésta entre los sobrevivientes; 2.º, por la demencia ú otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes, y 3.º, por la quiebra de cualquiera

de los socios colectivos (1). En cambio es de observar que el mencionado Código de Comercio no autoriza la disolución de las compañías por insolvencia de uno de los socios, puesto que en su artículo 218 se limita á declarar que el dejar de poner un socio en la caja social el capital que en el contrato ofreció aportar, después de haber sido requerido para verificarlo, sólo da lugar á la rescisión parcial en cuanto á dicho socio, que es excluído de la compañía, exigiéndole la parte de pérdida que pueda corresponderle, si la hubiere, y quedando autorizada la sociedad para retener, sin darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social, hasta que se terminen y liquiden las operaciones pendientes á la fecha de la rescisión (2).

Y, por último, el Código de Comercio tampoco autoriza la extinción de las compañías por la voluntad de los socios en ningún caso, ni por el embargo de la parte que les pertenezca en el acervo común. En las compañías anónimas especialmente no puede producir la extinción la muerte ó la incapacidad del socio, porque en ellas desaparece la personalidad del asociado, para no atender más que al accionista, es decir, al poseedor de la acción, aunque no fuere el primitivo adquirente, y tampoco puede producirla la insolvencia ó la quiebra del socio, porque, satisfecho el importe de la acción, ya no tiene éste más responsabilidades para con la sociedad ni para con los terceros.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 1683 del Código holandés, el 1865 del francés y del belga, el 1729 del italiano, el 1276 del portugués, el 2124 y el 2125 del de Colombia, el 2098 y 2099 del de Chile, el 1758, 1764, 1771, 1772 y 1775 del de la República Argentina, el 1812 del de Guatemala, el 1889, 1892 y 1893 del de Uruguay, el 1875 del de Bolivia, el 1339 del de Vaud, el 273 del de Prusia, el 1207 y 1211 del de Austria, el 2847 y 2848 del de la Luisiana, el 2047 del de

(1) Artículo 222.
(2) Artículo 219.

Veracruz-Llave, el 2440 del de Méjico, el 2308 del de la Baja California, el 1737 del de Nápoles y el 1888 del sardo.

ARTÍCULO 1701

Cuando la cosa específica, que un socio había prometido aportar á la sociedad, perece antes de efectuada la entrega, su pérdida produce la disolución de la sociedad.

También se disuelve la sociedad en todo caso por la pérdida de la cosa, cuando, reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido á la sociedad el uso ó goce de la misma.

Pero no se disuelve la sociedad por la pérdida de la cosa cuando ésta ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella.

Las disposiciones contenidas en este artículo constituyen la aplicación exacta de los principios jurídicos y de las reglas de derecho que hemos examinado al ocuparnos del 1679 y del 1687. Según entonces dijimos, la norma observada en nuestro Código es la de que las cosas perezcan para su dueño; y con arreglo á ese criterio legal, se da solución en este artículo á los tres casos que pueden ofrecerse en la práctica, á saber: 1.°, que la cosa que deba aportarse sea específica y perezca antes de su entrega; 2.°, que sólo se transfiera á la sociedad el uso ó goce de la cosa aportada, reservándose la propiedad el socio que la aportó; y 3.°, que la cosa aportada se pierda después de adquirida por la sociedad la propiedad de ella.

En el primero de dichos casos, como el socio conserva la propiedad de la cosa que ha de aportar á la sociedad hasta el momento de su aportación, ó sea hasta su entrega de *hecho* ó de *derecho,* es indudable que, conforme al principio antes indicado, ha de perecer para él cuando la pérdida tenga lugar antes de su entrega. Excusado es decir que esa entrega á que se refiere el Código, no es la tradición ó aportación material, pues

según el artículo 1679, la sociedad comienza, y surte todos sus efectos el contrato, desde el momento de su celebración si no se hubiere pactado otra cosa, y por lo tanto, desde dicho momento y por virtud del contrato de constitución celebrado, pasa á la sociedad la propiedad de la cosa que el socio se comprometió á poner en común, siempre que no se reservase el dominio de ella. Por eso hemos indicado antes que esta regla tiene lugar cuando la pérdida se realiza antes de la entrega de *hecho* ó de *derecho*, pues los mismos efectos jurídicos se producen cuando media la tradición ó entrega material de la cosa, que cuando se lleva á efecto la jurídica por medio de la perfección del contrato.

Ninguna duda puede ofrecerse sobre esto; pero si alguna hubiera, bastaría á disiparla la consideración de que el legislador equipara con el vendedor al socio aportante de cosas ciertas y determinadas, y por eso le sujeta á la evicción en los mismos casos y en igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador. Véase el párrafo 2.º del art. 1681, y lo que acerca de él tenemos dicho. Esto sentado, si la aportación de dichos bienes constituye una verdadera cesión ó venta á favor de la sociedad, es indudable que cuando medie escritura el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa aportable, como se declara en el párrafo 2.º del art. 1462, y si no medió escritura (por no hallarse en ninguno de los casos en que es necesario dicho requisito, según el art. 1667), quedará perfeccionado el contrato por el mero consentimiento, y producirá todos sus efectos transmisorios, aunque no haya tenido lugar la entrega de la cosa, en armonía con lo establecido en el art. 1450.

La disposición del párrafo 1.º del artículo que examinamos, ó la regla en él contenida, se refiere tan sólo á las cosas específicas, únicas en que puede tener lugar la razón de derecho indicada. Cuando la cosa que ha de aportarse no sea específica, entonces se regirá por las prescripciones de los artículos 1681 y 1686, según los que, el socio es deudor á la sociedad de lo que se comprometió á aportar á ella, y si no entrega una cosa de las mismas condiciones que la que ofreció, tendrá que responder á

aquélla de los daños y perjuicios que por tal motivo se le hubieren originado, toda vez que no siendo específica la que debiera aportar, puede ser sustituída por otra de iguales condiciones, y si no lo hiciera, suya será la culpa de los perjuicios que por su omisión se causaren. Por lo tanto, su pérdida no hace imposible la sociedad.

Por el contrario, si bien la cosa específica perece para su dueño, constituyendo, como constituye, parte del objeto de la sociedad el aprovechamiento de la misma, no puede subsistir la sociedad si ésta falta, toda vez que el socio se ve en la imposibilidad de llevar al fondo común lo que se comprometió á aportar, y no puede ser sustituída la cosa aportable por otra equivalente.

En el segundo de los casos mencionados, es tan evidente la procedencia de la regla establecida, que no necesita demostración alguna. En él no se comunica á la sociedad la propiedad de la cosa aportada, y, por lo tanto, perece para el socio que sigue siendo dueño de ella, á pesar de su aportación; pero la sociedad no puede tampoco subsistir, porque limitado el objeto con que fué puesta en común dicha cosa al aprovechamiento de sus frutos y utilidades ó al uso de ella, no es posible que produzca ya tal efecto ésta por haber perecido. Como desde luego se comprende, las consecuencias son las mismas, sea la cosa aportable, específica ó no, y tanto si la pérdida tiene lugar antes de la entrega, como si ocurriese después de ella; y por consiguiente, la regla citada es extensiva á todos esos supuestos.

En el caso tercero, la cosa aportada, cuya propiedad ha sido adquirida ya por la sociedad, se pierde ó perece para ésta, ó sea para su propietaria; pero su pérdida no puede causar la disolución, á no ser que constituyera el objeto único de la sociedad el empleo ó aprovechamiento de la misma.

De lo dicho resulta que, según tenemos indicado en otra ocasión, no deben entenderse tan absolutos los términos del número 2.° del art. 1700, que en todo caso sea causa de extinción de la sociedad la pérdida de la cosa objeto de la misma, y como re-

sumen de lo expuesto podemos consignar que sólo habrá de producir tal efecto dicha pérdida cuando se trate de cosa específica que perezca antes de su entrega ó cuando se hubiere transferido á la sociedad tan sólo el uso ó el goce de la cosa aportada, sea ésta específica ó no, y se haya perdido antes ó después de su entrega; y por último, cuando el empleo ó aprovechamiento de ella constituya el objeto único de la sociedad aunque se haya transmitido á la misma el dominio.

En nuestro antiguo derecho, la ley 10, tít. 10 de la Partida 5.ª, parecía referirse única y exclusivamente á la pérdida de la cosa objeto de la sociedad después de su entrega. El proyecto de Código de 1851, en su art. 1596, comprendió en su precepto lo mismo el caso en que la cosa pereciera antes de su aportación, que después de ella; pero omitió el segundo de los casos que hemos expuesto, ó sea á aquel en que sólo se transmite á la sociedad el goce ó el uso de la cosa aportada. El Código francés hizo extensiva su disposición á dicho caso en su art. 1867, y á partir de él hicieron lo mismo las demás legislaciones, y entre ellas la nuestra, como no podía menos de suceder, por las razones que tenemos indicadas.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 1867 de los Códigos francés y belga, el 1815 del de Guatemala, el 2102 del de Chile, el 1773 del de la República Argentina, el 1877 al 1879 del de Bolivia, el 1685 del de Holanda, el 1341 del de Vaud, el 2849 de la Luisiana, el 2939 del de Méjico, el 2307 del de la Baja California, el 2048 del de Veracruz-Llave, el 1731 del de Italia, el 2128 del de Colombia, el 1739 del de Nápoles y el 1890 del sardo.

ARTÍCULO 1702

La sociedad constituída por tiempo determinado puede prorrogarse por consentimiento de todos los socios.

El consentimiento puede ser expreso ó tácito, y se justificará por los medios ordinarios.

ARTÍCULO 1703

Si la sociedad se prorroga después de espirado el término, se entiende que se constituye una nueva sociedad. Si se prorroga antes de espirado el término, continúa la sociedad primitiva.

Estos dos artículos son el complemento del núm. 1.º del 1700. En dicho número se consigna, como uno de los modos extintivos de la sociedad, el lapso del término fijado para su duración, y en los presentes artículos se modifica ó atenúa el rigor del principio establecido en el número citado, autorizando la prórroga, y, por lo tanto, la subsistencia de la sociedad en determinados casos, á pesar de haber transcurrido el tiempo por el que fuera constituída.

Para ello es necesario el consentimiento de todos los asociados, pues á nadie puede obligársele á permanecer en la sociedad contra su volunad por más tiempo que aquel por el que se comprometió á estar sujeto á ella. Y así como para dar vida á la misma se requiere el concurso de la voluntad de todos los que han de constituirla, del mismo modo será requisito preciso para la prórroga ó ampliación de su existencia, la conformidad ó el consentimiento de los que la forman con tanto más motivo cuanto que dicha prórroga es una nueva convención que modifica la anterior en cuanto al término del contrato, y que puede llegar á reputarse, en algún caso, como la constitución de una nueva sociedad, según veremos más adelante.

Ese consentimiento de los socios para la prórroga de la duración de las sociedades constituídas por tiempo determinado puede ser expreso ó tácito, porque, consecuentes los autores del Código con la doctrina establecida en el mismo respecto á la expresión del consentimiento como elemento indispensable y base esencial de todos los contratos, no podían dejar de admitir esa doble manifestación ó exteriorización del mismo en el especial de

sociedad. No es, pues, necesario que las partes que convinieron la constitución de una sociedad vengan á hacer constar de una manera expresa su voluntad conforme con la prórroga; basta que ese consentimiento sea tácito y se manifieste de algún modo para que haya de surtir el efecto indicado. Nadie, por ejemplo, podrá dudar de la existencia de ese consentimiento tácito , y aun presunto en el caso de que los socios continúen en la sociedad y ésta siga realizando las operaciones propias de su objeto después de terminado el período de duración que en el contrato se fijara, sin que por ninguno de ellos se hubiere solicitado la liquidación de la misma.

En cuanto al modo de ser justificado dicho consentimiento, nuestro Código ha venido á poner término, con gran precisión, á toda duda, haciendo imposibles, con gran acierto, las distintas cuestiones que los tratadistas promovían con tal motivo, puesto que para ello admite todos los medios ordinarios reconocidos con dicho fin en derecho.

Según el art. 1866 del Código francés, la prórroga de una sociedad constituída por tiempo limitado no podía ser probada más que por un documento escrito revestido de las mismas formalidades que el contrato de sociedad, de lo cual deducían algunos que si el contrato primitivo estaba fijado en un instrumento público ó en un documento privado, la prórroga tenía necesariamente que estar constituída en la misma forma. Pero como ha dicho Laurent, esto no tenía sentido alguno jurídico, pues las partes son libres para establecerla como tengan por conveniente, sin necesidad de extender documento alguno, salvo la dificultad de la prueba.

El Código italiano, en su art. 1730, establecía, á su vez, que la prórroga en dicho caso no puede ser probada más que por los medios con los que se puede probar el contrato de sociedad, cuyo precepto obedece á las limitaciones que, según tenemos dicho ya, imponen dicha legislación y algunas más en la prueba testifical y á otros medios probatorios. Por el contrario, nuestro Código ha prescindido de tales limitaciones, en cuanto á la

expresión del consentimiento y á la prueba del mismo, no sólo con relación al contrato de sociedad, sino para todos en general. El consentimiento de los socios, favorable á la prórroga, puede manifestarse, por lo tanto, por palabras, ó de una manera expresa, y también por actos, como sucede en el ejemplo que hemos citado, y para su prueba pueden admitirse todos los medios probatorios reconocidos en derecho civil.

Discuten también los autores acerca de los efectos de la prórroga, entendiendo algunos que viene á constituir una nueva sociedad la convención en que se otorga el consentimiento para la prórroga, mientras que otros estiman que en la sociedad prorrogada no hay más que la continuación de la primitivamente concertada.

Laurent, sin embargo, estableció una distinción, que fué admitida después por algunas legislaciones, y que ha servido de base á la disposición del art. 1703. En efecto, según dicho autor, si las partes prorrogan la sociedad antes que ésta termine, no hacen más que modificar el pacto social en lo relativo á la duración, y por lo mismo que la *modifican*, es visto que se mantiene en vigor, continuando la misma sociedad sin ser necesario un nuevo contrato de constitución; y, por el contrario, cuando la prórroga es concertada después de esperado el término fijado para la duración de la sociedad, ésta se encuentra extinguida ya de derecho por efecto del lapso de dicho término, y, por lo tanto, no puede hacerse revivir un contrato que ya no existe, y de aquí que la prórroga no continúe la sociedad, sino que hacer surgir una nueva (1). Ricci combate dicha opinión, sosteniendo que un contrato modificado no es el mismo contrato, pues siendo necesario un nuevo consentimiento para dar vida á la modificación, dicho consentimiento constituye una nueva convención, y que la circunstancia de que la prórroga sea concedida antes ó después de espirar el término de la sociedad, no puede hacer cambiar la índole de dicha convención, porque en uno y otro caso la pró-

---

(1) *Principios de Derecho civil*, tomo XXVI, págs. 380 y 381.

rroga implica un nuevo consentimiento, y éste y no el precedente es lo que hace continuar la sociedad; de lo que deduce que no puede dejar de reconocerse en la prórroga un nuevo contrato de sociedad (1).

Troplong, Boutleville y otros, discuten también esta cuestión, pero no hemos de descender á la crítica de dichas opiniones, cualquiera que sea el fundamento de las mismas, pues nuestro Código ha puesto término á toda duda sobre ello con el precepto del art. 1703 antes citado, conforme con el que podemos concretar los efectos de la prórroga, diciendo que si es concedida después de espirar el término de duración de la sociedad, se constituye una nueva, y si tiene lugar antes de dicho término, continúa la sociedad primitiva.

Concordancias.—Los artículos citados concuerdan con el 1814 del Código de Guatemala, el 1884 del de Uruguay, el 2098 del de Chile, el 1766 del de la República Argentina, el 1340 del de Vaud, 2849 del de la Luisiana, el 1876 del de Bolivia, el 1730 del de Italia, el 1866 del de Francia y Bélgica y el 1684 del de Holanda.

ARTÍCULO 1704

Es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho á que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día.

Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el núm. 4.º del art. 1700.

Este artículo constituye una limitación del precepto consignado en el núm. 3.º del 1700 en cuanto por él se estableció, como

(1) *Curso teórico práctico de derecho civil*, págs. 100 y 101.

uno de los modos de extinguirse las sociedades, la muerte natural de uno de los socios, puesto que, por virtud de la facultad concedida en el presente, puede quedar sin efecto el precepto indicado, subsistiendo la sociedad á pesar del fallecimiento de uno de los socios de la misma.

Por la disposición que examinamos ha venido á modificarse nuestra antigua legislación en un sentido amplio y favorable al carácter impersonal que con el transcurso del tiempo va adquiriendo la institución objeto de este título.

La ley 1.ª del tít. 10 de la Partida 5.ª, reproduciendo la doctrina constante de la legislación romana (1), prohibía que los herederos de los socios pudieran subrogarse en la condición social de sus causantes y adquirir como tales herederos, y por dicha cualidad, el carácter de socios. El criterio entonces generalmente adoptado de que la base de la sociedad era la confianza mutua entre los socios, derivada de las circunstancias personales de cada uno, servía de fundamento á dicho precepto, así como á las disposiciones análogas que contenían las legislaciones extranjeras, pues, por la razón indicada, se había considerado siempre este contrato especial como una excepción del principio jurídico *in contractibus spes ad hoeredes transmititur*, y por este motivo, aunque el que contrata lo hace para sí y para sus herederos, según la conocida regla jurídica, no estaban obligados éstos á cumplir el contrato de sociedad á la muerte de su causante ni podían tener ningún derecho en ella.

Hasta tal punto se llevaba el rigor de ese criterio, que, según la ley citada, era nulo el pacto que se estableciera para que la sociedad continuara con los herederos del socio fallecido, á no ser que la misma tuviese por objeto el arrendamiento de las cosas del Estado ó de los pueblos ó la recaudación de las rentas públicas.

La muerte del socio era, por lo tanto, causa de extinción de la sociedad en todos los demás casos, á no ser que al constituirla

---

(1) V. ley 50, tit. 2.º, libro 17 del Digesto.

se hubiese pactado expresamente por los que la constituyeron que hubiera de continuar con los sobrevivientes, en cuyo caso permitía la subsistencia de la compañía la ley 10, tít. 10 de la Partida 5.ª, conforme en un todo con la 65, párrafo 9.º, tít. 2.º, libro 17 del Digesto. Esto mismo viene á establecer el presente artículo en su párrafo 1.º, dando validez á dicho pacto, pero aclara y amplía su precepto determinando las consecuencias de aquél; y una vez establecido será guardado dicho pacto sin perjuicio siempre del derecho de cualquiera de los socios para pedir la disolución, conforme á lo dispuesto en el art. 1705.

Según la disposición terminante consignada en el párrafo citado, cuando la sociedad haya de continuar con los socios sobrevivientes, el heredero del socio difunto no puede tener más derechos y obligaciones que los que al tiempo de fallecer tuviese su causante. No irán atrás, como ha dicho un autor, pero sí pueden pasar adelante en el caso de que los derechos y obligaciones ulteriores de que deba participar sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de dicho fallecimiento, pues en este caso no pueden separarse estas consecuencias de los actos anteriores á los cuales ha de extenderse la partición que tiene derecho á que se haga.

El artículo que examinamos no sólo admite la validez del pacto á que se refiere la ley de Partidas antes citada, sino que autoriza la continuación de la sociedad entre los sobrevivientes y el heredero del socio difunto. Ya hemos dicho que esto constituye una radical reforma en nuestro anterior estado de derecho, y, en otra ocasión, hemos expuesto el fundamento de esta importante modificación, por lo que no necesitamos insistir en este punto, limitándonos tan sólo á consignar que, en dicho caso, la eficacia del pacto indicado queda subordinada á lo dispuesto en el núm. 4.º del art. 1700, según el que será causa suficiente de extinción de la sociedad la voluntad de cualquiera de los socios ejercitada con sujeción á las prescripciones de los artículos 1705 y 1707.

Cuanto dejamos expuesto, se refiere á las sociedades civiles

que no se hallen comprendidas en el caso de excepción sancionado en el párrafo último del art. 1700, según el que no tiene aplicación lo dispuesto en los números 3.° y 4.° del mismo á las sociedades á que se refiere el art. 1670 en los casos en que deban subsistir con arreglo al Código de Comercio, y, por lo tanto, ni la muerte del socio ni la voluntad de ninguno de los asociados, producirá en dichos casos la disolución de la sociedad.

El Tribunal Supremo tiene reconocido, en sentencia de 23 de Noviembre de 1903, que para continuar la sociedad con los herederos del socio fallecido, es preciso que conste de una manera terminante el consentimiento para ello, el cual nunca puede deducirse del silencio de las partes, sino que ha de demostrarse por actos externos de carácter positivo, y que los derechos de los citados herederos no pueden extenderse á fecha posterior de la extinción de la sociedad cuando ésta se extinga por la muerte de su causante y no conste que los mismos formaran nueva sociedad con los consocios supervivientes ó que hubieran continuado en la anterior (en virtud del pacto á que se refiere al párrafo segundo del artículo que examinamos), pues entonces faltaría la base esencial de su consentimiento.

Concordancias.—Este artículo concuerda con el 1277 del Código portugués, el 1732 del italiano, el 1868 del francés y del belga, el 1688 del holandés, el 2131 del colombiano, el 2105 del chileno, el 1880 del boliviano, el 1208 del austriaco, el 1816 y 1817 del de Guatemala, el 1889 y 1891 del del Uruguay, el 1342 del de Vaud, el 2049 del de Veracruz-Llave, el 1760 y 1761 del de la República Argentina, el 2443 y 2444 del de Méjico, el 2311 y 2312 del de la Baja California y el 2853 del de la Luisiana.

El Código de Prusia sólo reconocía como causa de disolución la muerte cuando ésta era la de un socio personalmente encargado de dirigir los trabajos de la administración de la sosiedad; pero el vigente en el Imperio alemán previene en su artículo 727 que, salvo disposición contraria del contrato de sociedad, se disolverá ésta por muerte de uno de los asociados, y en caso de disolución el heredero del socio fallecido deberá anun-

ciar inmediatamente á los demás el fallecimiento, y si hubiere peligro en la demora, continuará rigiendo los asuntos confiados á su causante por el contrato de sociedad hasta que los demás asociados con él puedan proceder á lo que haya lugar. También éstos están obligados á continuar los negocios que se les hayan confiado, entendiéndose que la sociedad continuará dentro de estos límites.

ARTÍCULO 1705

La disolución de la sociedad por la voluntad ó renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, ó no resulta éste de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios.

ARTÍCULO 1706

Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen facultad para excluirle de la sociedad.

Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes.

ARTÍCULO 1707

No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituída por tiempo determinado, á no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros á sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, ú otro semejante, á juicio de los Tribunales.

La extensión que hasta aquí hemos dado á la materia de sociedades nos obliga ahora á ser bastante parcos en el comentario de los presentes artículos, en lo que no hay inconveniente ni dificultad alguna, pues los preceptos consignados en los mismos, son lo suficiente claros y explícitos para no necesitar detenida explicación su recta inteligencia, y además porque las indicaciones que tenemos ya hechas nos dispensan de mayor detención.

Los tres artículos que examinamos se refieren indistintamente al último de los modos de extinción de las sociedades civiles, reconocidos en el art. 1700, consistente en la renuncia ó voluntad de cualquiera de los socios, estableciéndose en ellos las reglas que rigen dicha renuncia, y que condicionan la voluntad de los socios, contraria á la permanencia en la sociedad.

En nuestro antiguo derecho, la ley 11 del tít. 10 de la Partida 5.ª, admitía, como tenemos ya dicho, la disolución por renuncia de cualquier socio, hecha saber oportuna y convenientemente; pero distinguía entre las sociedades que tenían señalado término para su duración ó que hubieran sido constituídas para un fin determinado de las que no reunían dichas circunstancias, siendo válida en el primer caso la renuncia, y sólo lo era en el segundo con la condición de que el renunciante abonase á sus compañeros los daños y perjuicios que se le ocasionaran. La ley 12 del mismo título y Partida también se ocupaba de la renuncia hecha con mala fe, lo cual ocurría cuando el que la llevaba á cabo tenía el propósito de hacer suyo el beneficio común, y disponía dicha ley que el socio que fraudulentamente se separase de la sociedad ó compañía por esperar una herencia ó para obtener mayor ganancia, quedase obligado á dividirla con los socios, en el bien entendido supuesto de que las pérdidas ó menoscabos ocurridos en el día de la separación sólo eran del socio que se separaba, de la misma manera que las ganancias eran suyas exclusivamente.

Las mismas reglas jurídicas, con ligeras variantes, ha venido á establecer el Código civil. Éste admite la renuncia

como modo de extinción, porque en el contrato especial de sociedad hay dos diferencias esencialísimas que le distinguen de los demás y que todas las legislaciones reconocen en él, cuales son que la muerte de uno de los contratantes pone término á la sociedad, si no hay pacto en contrario, á pesar de que *el que contrata lo hace para sí y sus sucesores*, y que igualmente la disuelve la renuncia de cualquiera de los socios, no obstante el axioma jurídico de que nadie *puede separarse de una obligación válidamente contraída sin el consentimiento de los demás contratantes*.

Esta facultad concedida á los socios para separarse de la sociedad por su sola voluntad ó sin necesidad del consentimiento de los demás, se funda en la necesidad de que reine la mayor armonía y comunidad de intereses entre los socios, cuyas circunstancias cesan desde que se fuerza á permanecer en la sociedad á cualquiera de ellos contra su voluntad. La ley ha regulado con todo detalle dicha facultad para no dejar en manos de los asociados el medio de disolver la sociedad sin más reglas que su arbitrio ó su capricho. Por eso exige además la condición de que el contrato social no fije término para la duración de la sociedad, ó no resulte éste de la naturaleza del negocio objeto de la misma. Y la razón ó el fundamento de esta exigencia estriba en que sólo entonces, por la indeterminación del tiempo en que han de estar sujetos los socios á la obligación y á los efectos de la sociedad, es cuando puede reconocerse en justicia á cualquiera de ellos el derecho de desligarse del compromiso contraído.

Cuando el término fuese cierto, parece que nada debiera autorizar semejante facultad, porque cada socio, antes de obligarse, supo á lo que se obligaba, y no puede destruir los efectos de la compañía por los malos resultados de ella, que debió prever antes de contraer el compromiso social. Sin embargo, la ley reconoce en algunos casos esa facultad por las circunstancias que pueden concurrir en los mismos.

Hay, pues, que distinguir, ante todo, si el tiempo de duración de la sociedad es indeterminado ó determinado. En el pri-

mer caso, para la eficacia de la renuncia se requiere la concurrencia de tres requisitos, que el legislador no ha podido menos de exigir para evitar fraudes. Estos son: 1.º, que se haga de buena fe; 2.º, que se haga en tiempo oportuno, y 3.º, que se ponga en conocimiento de los otros socios.

Respecto del primero de dichos requisitos tiene establecido el Código que no existe buena fe en la renuncia, cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común, lo cual está en un todo de acuerdo con los preceptos de nuestra anterior legislación. En este caso el renunciante no se libra de sus obligaciones para con los socios, y éstos tienen facultad para excluirle de la sociedad.

En cuanto al segundo de los requisitos citados establece la ley, como base especial del mismo, una regla cuya justicia resulta indiscutible, según la que debe reputarse que no está hecha en tiempo oportuno la renuncia cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso, la sociedad continuará hasta la terminación de los negocios pendientes. Según el antiguo derecho, cuando la renuncia era intempestiva, el renunciante quedaba responsable de los daños y perjuicios.

Y por último, es igualmente preciso que se ponga en conocimiento de los socios la renuncia para evitar los fraudes que en otro caso podrían ocurrir.

Si la sociedad tiene tiempo de duración determinado, ya por disposición expresa del contrato, ya porque resulte aquél de la naturaleza propia del negocio objeto de la misma, entonces no puede ningún socio reclamar la disolución á no existir justos motivos para ello. Éstos son: el faltar un socio á sus obligaciones, el inhabilitarse para los negocios sociales ó cualquier otro semejante cuya apreciación deja el Código, con buen acuerdo, al juicio de los Tribunales. La legislación de Partidas reconocía como tales el carácter violento de un socio que hiciera por ello insoportable su compañía; la ausencia por causa del servicio público; la obtención de empleo ó cargo que impida al socio

continuar en la sociedad, y el quebrantamiento de las condiciones con que se obligó el renunciante.

Téngase en uno y otro caso en cuenta la excepción consignada en el párrafo último del art. 1700, con arreglo á la que la voluntad de un socio no surtirá el efecto de extinguir la sociedad, cuando ésta sea de aquellas á que se refiere el art. 1670 y deba subsistir con arreglo al Código de Comercio.

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Noviembre de 1908, declara que, á instancia de uno de los socios ó de sus herederos procede la disolución de la sociedad en casos normales, á tenor de lo dispuesto en el art. 1707.

Concordancias.—El art. 1705 concuerda con el 1818 del Código de Guatemala, el 1769 del de la República Argentina, el 1881 del de Bolivia, el 1212 del de Austria, el 1343 del de Vaud, el 1686 del de Holanda, el 2855 del de la Luisiana, el 1894 y 1895 del del Uruguay, el 2108 al 2110 del de Chile, al 2445 y 2446 del de Méjico, el 2313 y 2314 del de la Baja California, el 2051 del de Veracruz-Llave, el 1869 del de Francia, el 1733 del de Italia y el 1278 del de Portugal, en sus párrafos 1.º y 2.º

El art. 1706, á su vez, concuerda con el 1734 del Código italiano, el 1870 del francés y del belga, el 1687 del holandés, el 2137 y 2138 del de Colombia, el 2111 y 2112 del de Chile, el 1818 del de Guatemala, en su apartado 2.º, el 1882 del de Bolivia, el 2856 del de la Luisiana, el 1344 del de Vaud, el 1896 del del Uruguay, en sus dos últimos apartados, el 2052 y 2053 del de Veracruz-Llave, el 1742 del de Nápoles y el 1893 del sardo.

Y por último, el art. 1707 concuerda con el 1871 de los Códigos francés y belga, el 1735 del italiano, el 2108 del chileno, el 1279 del portugués, el 1883 del de Bolivia, el 1684 del de Holanda, el 1345 del de Vaud, el 2859 del de la Luisiana, el 1817 del de Guatemala, el 2446 y 2447 del de Méjico, el 2314 y 2315 del de la Baja California, el 2054 del de Veracruz-Llave, el 1743 del de Nápoles y el 1894 del sardo.

ARTÍCULO 1708

La partición entre socios se rige por las reglas de la de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan. Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados, sino sólo sus frutos y los beneficios, conforme á lo dispuesto en el art. 1689, á no haberse pactado expresamente lo contrario.

Disueltas las sociedades civiles por alguno de los modos expuestos en los precedentes artículos de este capítulo, sobreviene un período llamado generalmente de liquidación, durante el cual la sociedad no puede reaparecer ni subsistir como tal para ninguno de los actos ó de las operaciones sociales que constituían el objeto de la misma, y hasta tal punto es así, que será nula de derecho cualquiera obligación que hubiere contraído después de la causa de su extinción. La razón de ello es que la personalidad de la sociedad concluye con el hecho que motiva su disolución.

Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda ultimar las relaciones jurídicas pendientes á la sazón, pues lo contrario sería defraudar los derechos de las terceras personas que con ella hubieren contratado. Por el contrario, al comentar el art. 1680, expusimos la doctrina establecida, tanto por nuestro Tribunal Supremo (1) como por la jurisprudencia francesa, según la que no puede estimarse legalmente extinguida una sociedad mientras no resulten cumplidas todas las obligaciones correspondientes al objeto de la misma, debiendo considerarse subsistente *hasta que se ultimen* todas las consecuencias jurídicas del objeto de la sociedad. Véase lo que entonces expusimos acerca de este

(1) Sentencia de 6 de Febrero de 1903.

particular, limitándonos ahora á remitirnos á lo dicho en esa ocasión para evitar innecesarias repeticiones.

Ese período de liquidación, durante el cual ha de reputarse viva la sociedad para el solo efecto indicado de ultimar las operaciones que quedaron pendientes en el momento de ocurrir la causa de la disolución ó extinción, es el momento oportuno para la distribución última de las ganancias y pérdidas y para el reintegro á los socios de sus respectivas aportaciones; es decir, para la partición entre los socios del haber ó fondo social.

En el antiguo derecho, la ley 13 del tít. 10 de la Partida 5.ª establecía que, una vez disuelta la compañía, se procediera á distribuir las pérdidas ó ganancias, conforme á las reglas determinadas en el contrato ó en el acta de su constitución, y si algún socio había inferido perjuicio á la sociedad, ésta debía reembolsarse de ellos á costa del que los causara, sin que tuviera derecho á compensación con otras ganancias. La ley 15, del mismo título y Partida, declaraba además que, si llegara á ser insolvente la compañía después de hacerse la liquidación, debía procederse á una nueva repartición en el caso de que unos socios hubiesen percibido los beneficios y otros no, á no ser que éstos lo consintieran al tener noticia de tal circunstancia. Y, por último, la ley 16 prevenía que los socios tuvieran derecho á percibir la correspondiente parte de utilidades y á indemnizarse de los desembolsos hechos en favor de la compañía.

Además, la jurisprudencia y la práctica de los tribunales tenían admitidas otras reglas generales para la liquidación; pero á la mayor parte de las cuestiones indicadas dan solución las disposiciones del cap. 2.º del presente título, y por eso el Código se limita, en el artículo que examinamos, á indicar el principio de que la partición entre los socios ha de regirse por las reglas de la de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan.

Equiparada la partición en ambos casos, y siendo este un precepto de mera referencia en cuanto á la regla indicada, no necesitamos detenernos en su explicación, bastando para ello

con remitirnos á cuanto tenemos manifestado con relación á la partición, al estudiar las prescripciones de la sección 2.ª del capítulo 6.º, tít. 3.º, libro 3.º del Código.

Dicha regla es práctica y plausible, viniendo á poner término á largas controversias y á evitar cuestiones y dificultades. Sin embargo, el Sr. Sánchez Román entiende que debía haberse salvado expresamente el respeto á lo que sobre el particular hubiesen pactado los contratantes, consignando el principio ó regla indicada como *criterio supletorio;* pero entendemos que carece de fundamento dicha censura, pues así como en la partición de la herencia ha de estarse ante todo á las reglas que para ella hubiere fijado el testador, no siendo contrarias á la moral y á las leyes, del mismo modo deben tener preferente observancia las que los socios voluntariamente hubieren establecido para la de la sociedad, viniendo á ser las prescripciones de la ley en esta materia *normas supletorias* marcadas por la misma en defecto de la voluntad expresa de las partes contratantes.

La única disposición especial que contiene este artículo es la que prohibe aplicar al socio industrial participación alguna en los bienes aportados, limitándose tan sólo su derecho á la parte correspondiente de los frutos y beneficios, á no haberse pactado otra cosa. Dicha disposición es consecuencia de preceptos anteriores ya examinados en los capítulos precedentes, y debe entenderse en relación con el art. 1689, al cual se refiere, teniendo su fundamento la prohibición expresada en la consideración de que siendo únicamente su industria el capital llevado á la sociedad por el socio industrial, retira dicho capital al separarse de la sociedad y no tiene derecho á parte alguna de los bienes aportados á ella por los demás, y sólo le corresponden los frutos y beneficios porque éstos no han sido llevados por los socios al fondo común, sino que se producen por y para la sociedad por consecuencia del empleo de los mismos.

Concordancias.— Concuerda este artículo con el 1872 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 1736 del de Italia, el 1280 del de Portugal, el 1884 del de Bolivia, el 2861 del de la Luisiana,

el 1346 del de Vaud, el 1689 del de Holanda, el 1824 del de Guatemala, el 1898 del del Uruguay, el 2115 del de Chile, el 1788 del de la República Argentina, el 2055 del de Veracruz-Llave, el 2448 del de Méjico, el 2316 del de la Baja California, el 1744 del de Nápoles, el 1895 del sardo y el 306 del de Prusia.

TITULO IX

DEL MANDATO

CAPITULO PRIMERO

De la naturaleza, forma y especies del mandato.

ARTÍCULO 1709

Por el contrato de mandato se obliga una persona á prestar algún servicio ó hacer alguna cosa, por cuenta ó encargo de otra.

I.—*Naturaleza jurídica del contrato de mandato.*

Es el contrato de mandato, en el derecho moderno, uno de los que, en su noción fundamental, más se han separado de la tradición romana.

Al analizar los sesenta y dos fragmentos del tít. 1.°, libro 17 del Digesto, las 24 leyes del tít. 35 del libro 4.° del Código y el título 26 del libro 3.° de la Instituta, se advierte claramente la profunda verdad con que los intérpretes y los glosadores, sintetizando su espíritu, definieron este contrato como genuína expresión de la amistad y de la confianza; y hasta el sentido etimológico, *manusdatio* (1), expresivo en su acepción literal de la acción de darse la mano mandante y mandatario, parece confirmar la exactitud de aquella opinión, pudiendo por ello, con su habitual elegancia en el decir, definirlo *Contractus consensuales quo negotio honestum alteri suscipienti gratis gerendum committitur.*

---

(1) San Isidoro. Orig. Etimol., libro 4.°, cap. 24.

Lógica consecuencia de este concepto era reputar la gratuidad como condición esencial en el mandato, de tal suerte, que la retribución cambiaba por completo la modalidad jurídica de la relación creada. Los intérpretes, al discurrir así, se atenían al precepto riguroso de la ley, eran esclavos de su sentido literal, porque lo mismo en el Digesto que en la Instituta era terminante la condición de gratuidad para la subsistencia del mandato. *Mandatum nisi gratuitum nullum est ham origine ex officio atque amicitia trahit. Interviniente pecunia locationem et conductionem potius respiciet* (1). Este carácter gratuito del mandato para distinguirlo y diferenciarlo de otros contratos, inspira todavía á muchos civilistas, entre ellos á los redactores del Código Napoleón, como Merlín, Championière y Troplong (2). Jurisconsulto tan ilustre como Pothier, no vacila en reputar como esencial la gratuidad. Si quien se encarga de un negocio ajeno, dice, recibe una cantidad como precio de su gestión, la relación jurídica creada no es la propia entre mandante y mandatario, sino la derivada de la locación de servicios. Claro es, añade el ilustre comentarista, que el hecho de dar ó prometer el mandante al mandatario una indemnización, no puede estimarse como precio, y en este supuesto, no cabe asentir á la extraña opinión de quienes se fundan en tal promesa, como argumento, para no dar al mandato el carácter del desinterés, de la abnegación y de la amistad. Con un ejemplo corrobora Pothier su manera de pensar: «Necesitando—dice—de los servicios de un célebre abogado para que defienda mi honor ó mi fortuna, tengo la suerte de encontrarle y de que se encargue de mi patrocinio, y como advierta en su biblioteca la falta de obra tan hermosa como el *Thessaurus* de Meerman, se la ofrezco como débil muestra de mi reconocimiento. El *Thessaurus*, en este caso, es el honorario, nunca el precio de la defensa, porque ésta tiene algo de inestimable para

(1) Ley 1.ª, tít. 1.º, libro 17 del Digesto, y párrafo 13 del tít. 17 del libro 3.º Instituciones en que se compara el mandato al depósito

(2) Véase las fuentes en Aubry y Rau, *Cours de Droit civil française*, tomo IV, pág. 542, nota primera al párrafo 371 bis.

mí y no sería fácil valuarla.» (*Traité du contrat de mandat*, número 23.)

Nuestro ilustre Goyena, al comentar el art. 1602 del proyecto de Código de 1851, y Lauret al examinar el art. 1984 del Código francés, advirtieron ya que semejantes argumentos se quebraban de puro sutiles. Siguiendo la tradición romana, á tenor de lo cual *si remunerandi gratia honor intervenit, esit mandati actio* (1), los comentaristas franceses decían (2): «¿Por qué no ha de dar ó prometer el mandante una recompensa? ¿Por qué no ha de poder obedecer al sentimiento de una justa delicadeza que le incline á indemnizar al mandatario del sacrificio del tiempo y de los cuidados que hubiera podido emplear útilmente para sí mismo? Estas muestras de gratitud, lejos de desnaturalizar el servicio, no hacen más que realzar su carácter. Una recompensa dada ó prometida, jamás se reputa en este contrato sino como una indemnización, no es un beneficio.» Como se ve es el mismo argumento de Pothier, calificado por Laurent (3) de sutilezas escolásticas indignas del gran talento del jurisconsulto francés, y por nuestro Goyena, con no menos dureza, cuando dice que todas esas consideraciones se estrellan contra la simple realidad de las cosas, y porque discurriendo así—afirma con razón—, el mandato se confunde con el arrendamiento de servicios ó con cualquiera de los contratos innominados del *do ut facias*, porque á todos puede aplicárseles esa sutil diferencia entre la indemnización y el precio. Desde el punto de vista de la absoluta gratuidad del mandato, sostenida por Goyena como nota característica de este contrato, las razones del jurisconsulto español, como suele decirse, no tienen réplica posible (4).

Culpa de tan lamentables confusiones sólo la tiene la concepción romana del mandato que, oscureciendo los principios en que

(1) Ley 6.ª, tít. 1.º, libro 17 del Digesto.

(2) Véase en Locré, discursos 90 y 91.

(3) Laurent, *Principes de Droit civil française,* tomo XXVII, párrafo 335, página 379.

(4) Véase concordancias, motivos y comentarios del Código civil por dicho autor, tomo IV, pág. 35.

esta convención descansa, forzó á los jurisconsultos á buscar fórmulas para cohonestar las doctrinas recibidas de la tradición con la realidad de las cosas.

En el derecho moderno, el contrato de mandato no es el contrato del desinterés, de la abnegación y de la generosidad que soñaron los romanistas. Casi todos los Códigos han prescindido de las viejas enseñanzas, y al definir este contrato han acertado á reflejar el carácter que le peculiariza y distingue.

El mandato, filosóficamente considerado, es una extensión de la personalidad: merced al mandato, la actividad del hombre, limitada en su ejercicio por las imposiciones de su condición fisiológica, se extiende y amplía, dándole como un cierto don de ubicuidad, al permitirle realizar á un tiempo mismo diversos actos jurídicos, desenvolviendo en suma esa misma actividad á través del tiempo y del espacio; desenvolvimientos que no serían posibles ciertamente sin esta institución jurídica. Cuan limitado sea el número de relaciones jurídicas que una persona cualquiera puede por sí misma dirigir, es evidente, y siempre, como dicen los Sres. Giner y Calderón (1), inferior al de las que le interesan. El abismo que existe entre la potencialidad del sujeto para crear esas relaciones, y los medios que para hacerlas efectivas personalmente tiene, se salva con la *representación*, «relación por la cual una persona que posee plena facultad de obrar, se subroga en lugar de otra, más ó menos imposibilitada, para verificar en su nombre los actos necesarios á la conservación y desarrollo de su vida normal y jurídica». Su fundamento estriba en la comunidad de naturaleza de las personas como séres de Derecho, y en el desequilibrio antes aludido entre la capacidad general jurídica y la actividad efectiva para realizarla. Como dice Sánchez Román (2), la representación constituye el fondo esencial del contrato y su resultado es convertir la *ausencia real en presencia jurídica*.

(1) *Resumen de Filosofía del Derecho*, núm. 39, pág. 99.
(2) *Derecho civil*, tomo IV, segunda edición, pág. 478.

Si en lugar de consultar el texto romano sin penetrar más allá de su letra, los jurisconsultos hubieran fijado su atención en la realidad, aun á despecho de las apariencias que aquélle ofrecía, pronto hubieran encontrado la íntima esencia de este contrato, en el cual, lo menos importante es que sea ó no gratuíto, y lo principal consiste *en obrar por cuenta ajena,* en realizar actos jurídicos en nombre de otro, por lo que, la idea de la representación aparece como la substancia misma del pacto. Por la representación, se explica fácilmente, como dice Laurent (1), que pueda un incapaz ser mandatario, porque no es él quien habla, no es él quien contrata ni quien se obliga, el factor verdadero del acto jurídico es el mandante, el mandatario no es más que el instrumento, ó para decirlo mejor con la gráfica frase de Tarrible, «un andamiaje que, levantado el edificio, para nada sirve (2)».

Nuestro art. 1709, como el art. 1984 del Código de Napoleón y cuantos textos legales citamos en las *concordancias*, expresan claramente esta idea de la representación, «hacer alguna cosa por cuenta ó encargo de otra», dice nuestro Código: «Poder de hacer alguna cosa para el mandante ó en su nombre», dice el Código de Napoleón, y en tales palabras aparece vivo y luminoso el concepto y la teoría de la representación, tan fecunda en enseñanzas, que á su sola luz es como se explican las diferencias que separan al mandato de otras instituciones jurídicas, singularmente del arrendamiento de servicios, de los contratos innominados, del consejo y de la gestión de negocios.

En efecto; en el arrendamiento de servicios al obligarse para su ejecución, se trabaja, es verdad, para el dueño que remunera la labor, pero ni se le representa ni se obra en su nombre. Tomando el ejemplo de Pothier, se ve claramente la diferencia entre el mandato y la locación de servicios; el abogado que acepta el encargo de la defensa, no me representa en el juicio donde se ventila mi honor y mi fortuna, sino que á cambio de la

(1) Obra y tomo citados al final del párrafo 334.
(2) *Rapport*, núm. 17; Locré, tomo VII, pág. 382.

remuneración del servicio, éste me es prestado y rendido, y quien realmente lleva mi representación es el procurador.

El médic , el notario, etc., al ejercer las funciones propias de su profesión, no hacen otra cosa sino arrendar sus servicios; obran en su propio nombre y sin ostentar ajenas representaciones. Por el contrario, en el mandato, sea ó no retribuído, páguese el servicio á título de indemnización ó decórese con el nombre de honorarios la merced concedida al mandatario, lo esencial es la representación ostentada, pues el mandatario no contrata por sí ni para sí, sino que contrata por y para el mandante.

Otra nota distintiva entre el mandato y la locación de servicios, extensiva también á los contratos innominados del *do ut facias,* es que en el primero la obligación puede extinguirse por la voluntad de una sola de las partes, bien sea por el mandante en cuanto ejercita su facultad libérrima de revocar el poder conferido, bien por el mandatario, renunciando la misión otorgada. Es decir, que así como en la generalidad de los contratos es preciso, para la disolución del vínculo jurídico, la concurrencia y el acuerdo de las voluntades que lo constituyeron, esto es, el mutuo disenso, en el de mandato basta una sola voluntad disidente para que el contrato quede roto y extinguida la obligación.

A diferencia de los demás contratos, en los que impera con honores de dogma el viejo principio del derecho de Castilla, según el cual, todo contratante contrata para sí y para sus herederos, resistiendo el vínculo jurídico hasta el imperio de la muerte, no rezando con el derecho de obligaciones en general la conocida máxima *mors omnia solvit*, es el mandato una de las excepciones á esta regla, porque la muerte del mandatario trae aparejada la extinción total de las obligaciones que tenía. En la locación de servicios, la influencia de la muerte se somete á la doctrina general de la contratación.

No es ociosa la cuestión planteada por Pothier (1) al esta-

---

(1) Pothier.—*Du Mandat,* números 19 y 20.

blecer la diferencia entre el mandato y la recomendación y el consejo. En teoría, dice bien Laurent (1), que es facilísima la distinción, porque siendo el mandato un contrato, necesita de la concurrencia de dos voluntades, estipulando la una y prometiendo la otra. A tenor del clarísimo texto de nuestro art. 1709, el mandato implica el poder hacer una cosa en nombre de otro y la obligación de ejecutarla. Por el contrario, el que recomienda ó el que aconseja, jamás entiende contraer una obligación, ni tampoco el que recibe el consejo ó escucha la recomendación, aun cuando dispuesto á seguir el uno y aceptar la otra, no se cree obligado á ello por título jurídico de ninguna especie, y la razón es sencilla: el mandato supone un acto jurídico, la recomendación y el consejo son simples actos morales. Casos hay, según Pothier, en que la recomendación puede convertirse en mandato; así, si Juan recomienda á Pedro que atienda á su hijo durante su estancia en Lyon, y aun le provea de los fondos que necesite, en este caso habrá un mandato que engendrará en Pedro la obligación de esos anticipos y en Juan la de reintegrarlos; mas en este ejemplo el hecho moral se ha convertido en acto jurídico; pero si se invierten los términos de la cuestión, y Pedro hace el anticipo de fondos atendiendo no más que á la recomendación, y en ésta Juan no hablaba para nada de esos anticipos, es evidente que aun haciéndolos, el segundo no habrá contraído para con el primero ningún linaje de obligaciones jurídicas. ¿Por qué? La razón es sencilla, falta lo que es característico en el mandato, la representación.

Existe un hecho jurídico que guarda con el mandato verdadera analogía y profunda semejanza. Trátase de la gestión de negocios ajenos; sus analogías son tales que hasta la jurisprudencia—como más adelante veremos—ha solido confundirlas; por ello conviene apuntar sus distinciones esenciales. En ambos actos jurídicos se integra la representación ajena, pero con una diferencia notable. En el mandato, esta representación está ex-

(1) Laurent, obra y tomo citados, pág. 407, párrafo 357.

presamente conferida y consentida; en la gestión de negocios ajenos no solamente no está consentida, sino que está ignorada. Para que este cuasi contrato exista y tenga los caracteres de tal, es precisa esa ignorancia, esa carencia de conocimiento. Y mientras el mandatario obra por conocer de un modo expreso la voluntad del mandante y siguiendo puntualmente sus instrucciones, el gestor, por el contrario, obra guiado por una presunción de voluntad.

La dificultad acrece cuando se trata del mandato tácito, y sin perjuicio de ahondar más en el análisis cuando de él tratemos, bastará consignar aquí como principio fundamental para su distinción de la gestión de negocios, el ya apuntado del conocimiento de la representación y del consentimiento de la misma. La determinación de la concurrencia de este conocimiento y el libre consentir de las partes, es el oficio en cada caso concreto de la jurisprudencia, pero ésta, así la nacional como la extranjera, no obstante sus contradicciones, han sentado como regla, como norma distintiva, la de que en el mandato tácito es *simultáneo* el consentimiento con la celebración del contrato, y en la gestión de negocios no puede haber esa simultaneidad, en cuanto que la presunción del consentimiento se funda en una ficción del mismo en razón á las conveniencias ó al beneficio que se presta al favorecido con la gestión.

Incumbe á la jurisprudencia, como hemos dicho, determinar en cada caso concreto cuando se trata de una gestión de negocios ó de un mandato tácito; así como también los casos en los que un consejo ó una recomendación pueden transformarse en un mandato ó dar lugar simplemente á una indemnización de daños y perjuicios. Laurent estudia con gran extensión la jurisprudencia francesa, con relación á las aplicaciones á los notarios para deducir los casos en los que el *consejo* puede estimarse como un mandato, de aquellos otros que son simple gestión de negocios ajenos ó motivo de simples indemnizaciones.

La distinta organización del Notariado francés del español, explican la extensión que Laurent da á esta parte de sus comen-

tarios, y justifica desde nuestro punto de vista la brevedad de las observaciones hechas, y más si se tiene en cuenta el criterio expuesto para distinguir unos actos jurídicos de otros.

Determinada de este modo la naturaleza del contrato de mandato, no estimamos que pueda reputársele siempre como *preparatorio*, según sostiene Sánchez Román al incluirle en este grupo, pues serán muchos los casos en los que se otorgue el mandato, no para preparar el nacimiento de una relación jurídica, sino para extinguirla; el mandato para verificar un pago debido, es un ejemplo.

En cuanto al carácter unilateral ó bilateral que tenga, es evidente, á nuestro juicio, desde el punto de vista del Código, que en la generalidad de los casos el mandato será siempre bilateral, porque no es cierto, como de ordinario se supone, que sean las obligaciones exclusivas del mandatario y exclusivos los derechos en el mandante. Claro es que alguna vez sucede así, pero lo común es que en este como en otros contratos, existan la mutualidad y la reciprocidad de obligación á obligación, de derecho á derecho.

Al comentar los artículos consagrados por el legislador á definir los deberes y los derechos de mandante y mandatario, tendremos ocasión de insistir sobre esta interesante cuestión.

II.—*Precedentes y concordancias.*

a) En el sentido estricto de lo que por precedente legal de una disposición se entiende, no puede invocarse con relación al artículo 1709 ningún precepto de nuestro antiguo derecho, porque ni las seis leyes del tít. 3.° del libro 2.° del Fuero Juzgo, las del tít. 10 del libro 1.° del Fuero Real y las varias disposiciones que contienen los títulos 5.° y 12 de las Partidas 3.ª y 5.ª, integran un concepto semejante al del artículo comentado.

Ni siquiera puede aducirse como precedente el art. 1602 del proyecto de Código de 1851, porque éste, aceptando en toda su pureza la tradición romana, definió el mandato como «un con-

trato por el que uno se encarga *gratuitamente* de dirigir los negocios que otro le comete». Comparando la expresión de este concepto con el contenido en el art. 1709, se advierte que en el Código ha desaparecido el adverbio *gratuitamente*, y al desaparecer, es porque indudablemente el legislador entendió que no era la gratuidad la nota característica del contrato, y sí la representación.

Por otra parte la definición del proyecto era inexacta, porque el mandatario no *dirige* los negocios del mandante en la generalidad de los casos; aquél se limita á cumplir las instrucciones que el mandante le dé para la gestión del negocio que se le ha confiado. La dirección supone libertad en el obrar, y el mandatario, por ministerio de la ley, carece de ella, porque tiene que sujetarse á los límites del mandato. Podrán ser éstos más ó menos amplios, pero al cabo y al fin siempre tienen una limitación en el interés ó en la voluntad del mandante.

b) El concepto jurídico del mandato en el derecho extranjero, es, en términos generales, similar al expresado por el legislador español.

El art. 1984 del Código Napoleón, define el mandato como un acto, por el cual una persona da á otra poder para hacer alguna cosa para el poderdante y en su nombre. No se realiza el contrato sino por la aceptación del mandatario.» Esta definición ha sido muy criticada por los comentaristas franceses, por confundir el contrato y las obligaciones á que da lugar con el *acta* ó expresión material del mismo; y como quiera que ese documento no suele contener más que la expresión de la voluntad del mandante, y el contrato sólo se perfecciona por la concurrencia de las dos voluntades, de ahí la razón de la crítica. La confusión en el Código francés entre el hecho jurídico y su prueba literal, es evidente.

Coincide el Código español con el francés, en apreciar de un modo idéntico la esencialidad del mandato, estribando para los dos en el hecho de la representación ajena, y en no estimar la gratuidad, apartándose en esto de la tradición romana.

El art. 1737 del Código italiano, manteniendo vigorosamente el concepto de la representación, dice que la persona puede obligarse *gratuitamente ó con recompensa*, estableciendo de esta suerte las dos modalidades que en el orden económico puede tener el mandato; modalidades reflejadas por tanto en el orden jurídico por el carácter unilateral ó bilateral del contrato, en uno ó en otro caso.

El Código portugués, en su art. 1318, se inspira en idénticos conceptos; pero falta el precepto de la lógica, según el cual, lo definido no debe entrar en la definición.

De los Códigos americanos, el de Chile es, á nuestro juicio, el que con más precisión fija la naturaleza jurídica del mandato en su art. 2116, al decir que por el contrato de mandato una persona confía la gestión de uno ó más negocios á otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Adviértase la precisión con que el legislador ha expresado el concepto de la representación, y cómo claramente se expresa que las obligaciones contraídas por el mandatario lo son por el mandante.

Concuerdan con los preceptos citados los artículos 1002 y 1004 del Código austriaco; artículos 1.° y 6.°, parte primera del tít. 13 del Código prusiano; 1829 del Código holandés y 2142 del Código de Colombia; pero de todos los Códigos examinados, ninguno guarda en esta materia tanta semejanza con nuestro artículo 1709 como el art. 392 del Código federal suizo, cuando dice: «El mandato es un contrato por el que el mandatario que lo acepta se obliga á hacer, con arreglo á la voluntad del mandante, alguna cosa ó asunto de que se encarga.»

El Código de Venezuela, en su art. 1642, contiene análogo precepto; pero su redacción está evidentemente inspirada en el artículo 1737 del Código italiano.

III.—*Concepto del mandato, según la jurisprudencia.*

La jurisprudencia anterior á la publicación del Código, daba como nota esencial del mandato y expresiva de su concepto ju-

rídico, la gratuidad. Así, la sentencia de 23 de Octubre de 1860 establece que «no comprometiéndose á dar ni hacer cosa alguna en retribución de los servicios que otro ofrece, no se celebra un contrato innominado, sino el de mandato».

«La gestión del mandato es por su naturaleza esencialmente gratuita cuando no se pacta lo contrario, ó no se entiende, por los términos en que se hizo, que el mandante se obligase á retribuirlo; pero fuera de estos dos casos, el mandatario no puede reclamar otra cosa que el abono de los gastos causados por el mandato» (sentencias de 15 de Febrero de 1860 y de 21 de Febrero siguiente).

Con posterioridad á la publicación del Código, el Tribunal Supremo, sin desdeñar ni repugnar la antigua doctrina de la gratuidad del mandato, ha fijado, á nuestro entender, con más acierto la naturaleza jurídica del mismo, basándola en la representación, de suerte que donde quiera exista, hay un mandato. La interesante sentencia declaratoria de esta doctrina, recaída en un recurso cuyo principal motivo era la infracción del artículo 1709, lleva la fecha de 25 de Abril de 1902, y en ella se declara que el mandatario asume en los actos que realiza la personalidad del mandante, pudiendo, en su virtud, ser demandado en la representación de éste. Añade la Sala que esta doctrina es la profesada por el Tribunal Supremo en sus sentencia de 11 de Marzo de 1887, 29 de Octubre de 1900 y de 2 de Diciembre de 1901.

El mismo Tribunal, por sentencia fecha 27 de Octubre de 1899, ha fijado también la diferencia sustancial entre el arrendamiento de servicios y el contrato de mandato, al determinar el alcance del art. 1544 y rechazar la aplicación indebida hecha por la Sala del art. 1709. Mientras en el primero, una de las partes se obliga á ejecutar una obra ó á prestar á la otra un servicio por precio cierto, en el mandato lo esencial es la representación conferida, y sin ella no existe el contrato.

La autorización para mediar en una venta, haciendo los trabajos consiguientes de oferta y de demanda, aun mediando la

promesa de retribuirlos, no constituye, según se declara en sentencia fecha 10 de Mayo de 1899, un contrato de mandato, y menos que esa comisión autorice para realizar la venta; para ello se necesita poder, representación en forma. Como se ve, se establece por la doctrina de nuestro primer Tribunal la diferencia sustancial y clarísima entre el arrendamiento de servicios y el contrato de mandato.

En este mismo sentido es también muy interesante la sentencia fecha 2 de Diciembre de 1902, según la cual, salvo pacto expreso ó costumbre local que lo supla, el derecho del corredor, que ejerce su oficio bajo el régimen del derecho civil común, á ser remunerado por su comitente, depende del cumplimiento de la comisión cuyo desempeño se le hubiere confiado.

La distinción entre el mandato y la gestión de negocios ha sido sancionada también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su notabilísima sentencia de 7 de Julio de 1881, en la que, con nítida precisión, marcó la diferencia entre ambas instituciones jurídicas, al decidir que á un mandato verbal no le sean aplicables las leyes 18 y 32 del tít. 12 de la Partida 5.ª, por referirse á las expensas que se hacen en las cosas ajenas, *sin mandato de aquellas cuyas son,* y por tanto, no pueden invocarse con motivo de las cuestiones surgidas de un encargo verbal origen de contrato que produce obligaciones y derechos recíprocos.

Son aplicables á la comisión mercantil los principios que rigen acerca del mandato en el Código civil. (Sentencia de 23 de Septiembre de 1906.)

ARTÍCULO 1710

El mandato puede ser expreso ó tácito.

El expreso puede darse por instrumento público ó privado y aun de palabra.

La aceptación puede ser también expresa ó tácita, deducida esta última de los actos del mandatario.

I .—*Formas del mandato.*

La esencia de este artículo se reduce á la determinación de las formas del consentimiento. Este es el mandato, como en todos los demás contratos, su base y fundamento. La concurrencia de dos voluntades es necesaria para su existencia. El mandato, sin la aceptación por el mandatario, no constituye verdadero contrato, y el obrar por cuenta ajena, sin la representación de aquel *cuyas son las cosas*, como dice la ley de Partida, eso no es mandato. Requiérese, por tanto: 1.º, que se confiera la comisión ó encargo; y 2.º, la aceptación por quien haya de realizarlo. ¿Cómo se confiere y cómo se acepta? El mandante, contesta el Código en el segundo párrafo del art. 1710, puede conferir el mandato de un modo expreso, por instrumento público ó privado, y aun de palabra. Ahora bien: dada la redacción del texto legal, parece como que es potestativo en el mandante conferir el mandato expreso en una ú en otra forma, pues así viene á indicarlo la conjunción disyuntiva que en el mismo se emplea, y como quiera que son muchos los casos en los cuales el mismo legislador ha impuesto la escritura pública, de ahí la primera crítica que ha sugerido la redacción del artículo.

Exígese el instrumento público para conferir el mandato en los siguientes casos:

a) Según el art. 87, para contraer matrimonio por medio de mandatario, debiendo constar en el poder especial que se otorgue el nombre de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio.

b) En la aceptación de donaciones, debiendo ser el poder especial para el caso, ó general y bastante (artículo 630 del Código civil).

c) En la comparecencia por medio de mandatario ante la Junta que el Juez municipal ha de presidir para la formación del consejo de familia (art. 300 del Código civil).

d) El mandato general para pleitos, y los especiales que de-

ban presentarse en juicio: así también habrán de constar en instrumento público el mandato para administrar bienes y cualquiera otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó haya de perjudicar á tercero, y, finalmente, los que se refieran á cesión de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública (artículo 1280 del Código civil).

e) En el orden comercial, el poder ó mandato ha de conferirse, por regla general, en instrumento público, por lo menos los que se otorguen á los dependientes, factores, gerentes ó cualesquiera otros mandatarios, como claramente preceptúa el artículo 21 del Código mercantil, en relación con el 29 de la misma ley.

f) En la expedición de letras y documentos de crédito (artículo 444 del Código de Comercio).

g) En el mandato para constituir y cancelar hipotecas, según determina el art. 140 de la ley Hipotecaria, en armonía de lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 1280—ya citado del Código civil; y

h) En los poderes que se otorguen para comparecer ante los funcionarios administrativos, regla que no sufre más excepción de importancia que la consignada en la ley de 16 de Mayo de 1902, sobre propiedad industrial, para tramitar por medio de mandatarios ó representantes la gestión de las concesiones y registros de patentes, marcas, dibujos y modelos, nombres y recompensas industriales.

El art. 59 de esta ley dice: «Es potestativo en los interesados gestionar por sí los expedientes ó valerse de representantes á quienes confieran ó tengan conferido poder bastante para ello.» Esta última frase parece dar á entender que el poder ha de conferirse en instrumento público; pero no autoriza semejante interpretación ninguno de los artículos siguientes de la ley, pues tanto el 60 como el 74, al enumerar los documentos necesarios para incoar un registro de patentes ó una concesión de marcas, cuando la gestión se hace por medio de mandatario, dicen que

ha de acompañarse «una *autorización* suscrita por el interesado, en caso de que la gestión se haga por representante». Al desarrollar este precepto el art. 27 del reglamento aprobado para la ejecución de la ley (Real decreto de 12 de Junio de 1903), estableció que esa autorización no necesita de legalización ninguna, bastando la firma de quien la da y del representante que la acepte. Esto no obstante, si la Administración tuviese motivos para sospechar de la autenticidad de la autorización, podrá exigir al representante la legalización de la firma, quedando siempre á salvo los derechos del de figure como poderdante para ejercitarlos ante los Tribunales, cuando no fuese cierta la autorización.

Fuera de los casos citados puede conferirse el mandato en documento privado y aun de palabra. También importa distinguir en este último supuesto los casos en los que el mandato deberá constar por escrito, de aquellos cuya eficacia se asegura por la expresión verbal del consentimiento ó de la orden del mandante. La norma diferencial está contenida en el último párrafo del art. 1280 del Código, porque si á su tenor literal han de hacerse constar por escrito, aun cuando sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno ó de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, es lógico inferir que cuando contratos de esta naturaleza se hagan por medio de mandatario, y no sean de los enumerados anteriormente, el mandato deberá también constar por escrito.

Esta doctrina del art. 1280, como hemos dicho en otro lugar, se halla subordinada á los preceptos de los arts. 1258, 1278 y 1279. Por eso el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de Febre de 1906, cuyo espíritu es esencialmente conforme al de otras muchas dictadas sobre otras materias, declara que es válido desde luego el mandato verbal, pues si bien el art. 1280 exige que consten por escrito los contratos en que la cuantía de la prestación exceda de 1.500 pesetas, eso no quiere decir que para la perfección del contrato sea necesario tal requisito.

El art. 292 del Código mercantil faculta á los comerciantes

para encomendar á otras personas además de los factores el desempeño constante en su nombre ó por su cuenta, de alguna ó algunas gestiones propias del tráfico á que se dediquen, en *virtud de pacto escrito ó verbal;* consignándolo en sus reglamentos las compañías y comunicándolo los particulares por avisos públicos ó por medio de circulares á sus corresponsales.

Importa no olvidar, por cuanto corrobora la doctrina expuesta, la Real orden dictada en 29 de Julio de 1875 (1) por el Ministerio de Gracia y Justicia, en cuyo art. 2.° se dispone que, cuando se solicita por medio de mandatario la inscripción de algún documento en el Registro de la propiedad, se consignará en el asiento de presentación el nombre del mandante, y si el mandato fué verbal ó escrito.

Hasta aquí hemos examinado la forma del consentimiento expreso según la letra del art. 1710, y concordándola con disposiciones del propio Código y de otras aclaratorias de su sentido. ¿Pero es que el mandante no puede otorgar su consentimiento y deferir el mandato más que de un modo expreso? El artículo que examinamos, en su párrafo 3.°, habla del consentimiento tácito del mandatario; pero nada dice en él, ni en el segundo apartado objeto de nuestro estudio, de la forma en que el mandante pueda, por la tácita, conferir su representación.

La solución del problema planteado, desde el punto de vista de la filosofía jurídica, no ofrece duda de ningún género. Es evidente que el consentimiento puede ser expreso y tácito, ora se trate de una ú otra de las partes llamadas á intervenir en el contrato, pudiendo manifestar su intención de consentir en él, bien por sus palabras, bien por sus actos. ¿Consagra esta doctrina el art. 1710? A primera vista parece que no, por implicar su texto una distinción real y positiva entre el consentimiento del mandante objeto de su apartado segundo, y el del mandatario objeto del párrafo tercero; y si es un axioma jurídico que

(1) *Colección Legislativa de España*, tomo CXV, pág. 163.

allí donde la ley no distingue no puede el intérprete distinguir, á *contrario sensu*, allí donde la ley distingue, debe el comentarista diversificar también; luego sería bien deducir la imposibilidad de admitir el mandato tácito por parte del mandante. Esta doctrina, que es la de Toullier (1), Duranton (2) y otros jurisconsultos, pugna, si no con la letra, con el espíritu del texto. Al principio jurídico de la distinción, puede oponerse otro principio, verdadera regla jurídica sancionada por la ley romana: *semper qui non prohibet alequem pro se intervenire mandare creditur*, y además, la tradición del derecho patrio, según la que al intervenir y gestionar los negocios ajenos á ciencia y paciencia de su dueño, esta intervención crea el contrato de mandato (3). Por otra parte, entendemos con el ilustre profesor de Gante, que la expresión del texto legal se refiere más bien á la prueba del consentimiento que á éste intrínsecamente considerado (4).

Adviértase además la redacción del texto, y de ella se inferirá la exactitud de nuestra interpretación; el párrafo 1.º del artículo 1710, dice así: «el mandato puede ser expreso ó tácito». Ahora bien; si el mandato no se perfecciona ni tiene existencia legal, sino merced al consentimiento de mandante y mandatario, clarísima surge la deducción de que ese consentimiento, lo mismo en el uno que en el otro, puede ser tácito ó expreso. Sólo *aparentemente* puede desvirtuar la eficacia de esta interpretación el párrafo segundo, á no mediar, para su adecuada exégesis, las razones apuntadas.

El error de los que sostienen la primera interpretación nace de la peculiar sistematización del articulado. El último inciso

---

(1) Toullier, tomo XI, números 25 y siguientes de su obra.

(2) Duranton, tomo XXIII, números 218 á 220.

(3) La ley de Partida sanciona con su prestigioso antecedente esta interpretación.

(4) Robustece Laurent (obra y tomo citados, pág. 431, núm. 380) esta opinión al concordar el art. 1985 con el 1984—similares á nuestros artículos 1710 y 1709—, exponiendo que siendo el contrato de mandato fruto del consentimiento de las dos partes que en él intervienen, el segundo párrafo del artículo 1984 se refiere á la prueba, nunca al consentimiento en sí mismo.

del artículo 1710, referente á la aceptación del mandato, parece debería en buena lógica integrar la última parte del 1709 (1).

Si cabe discusión respecto á si el consentimiento del mandante puede ó no manifestarse por la tácita, no la hay respecto á la facultad del mandatario para aceptar el mandato en la forma que quiera. «La aceptación, dice el Código, puede ser también expresa ó tácita, deducida esta última de los actos del mandatario.» La claridad del precepto excusa todo comentario.

Ejemplo de mandato tácito, así por lo que se refiere á su otorgamiento como por lo que atañe á su aceptación, es, según algunos, el de las compras realizadas por la mujer casada para satisfacción de las necesidades familiares, y las compras que excediendo de ese límite haga la mujer y estén consentidas por el marido.

En las relaciones de la vida mercantil pueden presentarse casos en los que haya necesidad de distinguir si la mujer, al aceptar una letra, pagar una cuenta ó suscribir una obligación, obra como mandataria tácita del marido comerciante, ó bien con propia capacidad para ejercitar esos derechos en virtud de la autorización tácita ó expresa del marido para que actúe como comerciante. Como principio fundamental puede señalarse el de que, así la justicia como la equidad, quieren que la mujer sea considerada como la mandataria ó «la *Sustitutriz* del marido» (2).

Los canonistas admitieron una especie de mandato tácito, por el hecho de no devolver el *poder* el mandatario al mandante. Como resumen de la doctrina, indicaremos que el mandato tácito será siempre una cuestión de hecho sometida á la libre apreciación de los Tribunales, y que el mandato expreso se ex-

---

(1) Véase la ponencia de Tarrible al explicar los arts. 1984 y 1985 del Código Napoleón Locré, tomo VII, pág. 378. Apud Laurend, obra y tomo citados. «Es propio—dice—de la naturaleza de los contratos consensuales, que el consentimiento puede darse en cualquier forma, sin más limitación que la de su constancia pudiendo aceptar el mandatario cualquiera que sea su forma y AUN TÁCITAMENTE por la simple ejecución.»

(2) Véase sobre esto Dalloz *Reportoire methodique et alphabetique de legislation*. Paris 1844 á 1869. Aubry y Rau, tomo IV, pág. 636.

tiende por la tácita á todo lo que sea congruente con la ejecución del contrato.

Mandato presunto denomina un autor á la ejecución de ciertos actos que impone la ley á los herederos del mandatario difunto (art. 1739 del Código civil) y mandatos nacidos de la ley, más que de la voluntad presunta, son los deberes que el artículo 248 del Código de Comercio impone al comisionista que rehusa el mandato, no sólo de manifestar al comitente su negativa por el medio más rápido posible, confirmándolo por el correo más próximo, sino también el de custodiar los efectos recibidos con la diligencia debida, para su entrega al nuevo comisionista ó al Tribunal, bajo la responsabilidad de indemnizar al comitente los daños y perjuicios que se le causen.

Sostiene dicho autor que como consecuencia del mandato tácito, existe como institución derivada la *ratificación* expresamente designada en el segundo párrafo del art. 1259 del Código. No estamos conformes con este criterio, porque la ratificación, como dice muy bien Goyena, equivale al mandato.

La jurisprudencia ha sentado con verdadero rigor científico la doctrina referente á la expresión del consentimiento al declarar que «el mandato como contrato consensual puede constituirse y perfeccionarse verbalmente ó por escrito con tal que se manifieste y demuestre el propósito y consentimiento de ambas partes en su respectiva realización». (Sentencia fecha 2 de Octubre de 1869.)

Con posterioridad á la publicación del Código, el Tribunal Supremo ha reiterado esta misma doctrina en su sentencia fecha 9 de Diciembre de 1889, al determinar la eficacia de un mandato conferido por carta. Lo mismo viene en esencia á declarar la de 6 de Febrero de 1906, á la que nos hemos referido al ocuparnos de la relación de este artículo con el 1280.

En la de 19 de Abril de 1907 se establece que la mujer casada no puede ser obligada á cumplir los compromisos que su marido contrajo por sí solo en nombre de ella, sin poder al efecto. Aquí no se trata de un mandato conferido en una ú otra

forma y siempre eficaz, sino de la falta de mandato en forma alguna.

Muy interesante es también, con relación á los Notarios, la de 11 de Noviembre de 1902, en la que no se estima como mandato tácito la entrega de una cantidad y su recepción por el Notario para que éste se constituya como mandatario del interesado á los efectos de gestionar la inscripción del título en el Registro de la propiedad.

II.—*Precedentes y concordancias*.

En las leyes 6.ª, párrafo 2.º; 53, título 1.º, libro 17, y 60, título 17, libro 50 del Digesto, así como en la ley 6.ª, título 35 del libro 4.º del Código, se encuentra el precedente romano del artículo 1710, y en las leyes 12 y 24 del título 12 de la Partida 5.ª el precedente patrio.

El art. 1603 del Proyecto de 1851 establecía también que el mandato podía ser expreso ó tácito, pudiendo darse el primero en instrumento público ó particular, y aun de simple palabra, añadiéndose: *pero ni en éste ni en el tácito se admitirá la prueba testifical sino con arreglo á lo dispuesto en la Sección 3.ª, cap. 5.º de este libro*. De intento hemos subrayado estas últimas palabras, porque ellas corroboran la doctrina expuesta en el comentario al art. 1710 vigente. Mas fieles al texto francés, los autores del Proyecto de 1851 claramente expusieron la finalidad que daban á este precepto; trataron en él de la prueba del consentimiento, no del consentimiento intrínsecamente considerado; y Goyena (tomo III, pág. 36), siguiendo á Pothier, á Tarrible y á Bertrand de Greuille (1), así lo entiende, admitiendo el consentimiento tácito del mandante, «Yo no veo—dice el ilustre jurisconsulto español—propiedad ni verdad en igualar el caso del que ignora la gestión ó agencia oficiosa y el que lo sabe, mucho

(1) Pothier, Du mandate, núm. 39. — Bertrand de Greuille, Discours, número 3 (Locré, tomo 8.º, pág. 385).

más si se halla presente al hacerse el negocio. El ignorante sólo queda obligado por razones de equidad; *el que lo sabe, por su consentimiento tácito*, pues pudiendo prohibirlo no lo prohibe.» Corroborándose estas razones por la conocida máxima: *Qui proesens patitur suo nomine aliquid fieri nec id prohibet mandare videtur*.

De los Códigos extranjeros, el francés, en su art. 1985, coincide en su fondo sustancial con el principio adoptado por nosotros, sin más variante que la reflejada en el Proyecto de 1851 de hacer constar las limitaciones de la prueba testifical á los efectos de la existencia del mandato. Concordancia más armónica es la del art. 1738 del Código italiano. El portugués, en su art. 1318, no hace más que dividir el mandato, atendiendo á la forma de manifestarse el consentimiento, en verbal y escrito. El Código de Holanda, en su art. 1830, guarda más semejanza con los preceptos similares de los Códigos español é italiano, porque como éstos, suprime las limitaciones de la prueba testifical. Coinciden también en la clasificación del consentimiento en verbal y escrito, y aceptan la tácita los arts. 1005 del Código austriaco y 7.° del tít. 13 del prusiano, y tampoco difieren en lo esencial los Códigos de los Cantones suizos.

Á nuestro juicio, los Códigos que mejor han determinado la expresión del consentimiento son el bávaro (art. 2.°, cap. 9.°, libro 4.°) que sintéticamente dice: «El mandato puede ser dado y aceptado expresa ó tácitamente», y el chileno, al establecer: «El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública ó privada, por cartas, verbalmente ó de cualquier otro modo inteligible, y *aun por la aquiescencia tácita* de una persona á la gestión de sus negocios por otro; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial, sino en conformidad á las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico.»

ARTÍCULO 1711

A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.

Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie á que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.

Fundamento jurídico del precepto.—Hace relación este artículo al 1709, por referirse ambos á la naturaleza del mandato y en concordancia con él, debe ser examinado.

Comentando el art. 1986 del Código Napoleón, que contiene análoga prescripción á la establecida en el primer párrafo de nuestro texto legal, dice Laurent que dicho precepto es una fundamental derogación del antiguo derecho (obra citada, tomo 37, página 383). Según los principios del romano (1) y de las legislaciones que en él se inspiran, aceptados por la jurisprudencia antigua, era el contrato de mandato, como hemos dicho ya, el contrato tipo por excelencia de la amistad y del desinterés, y por esto fué considerada la gratuidad como su condición esencial y característica. A su vez, los redactores del Código francés y los de los demás que siguieron la doctrina en él establecida, parece como si hubieran querido rendir un tributo á la tradición, consignando el principio de la presunción de gratuidad siempre que no haya convención en contrario; pero al consignarlo así, ó la expresión traicionó su pensamiento, ó la realidad, cual tantas veces sucede en la vida jurídica, se impuso á los legisladores, y con su manera de expresarse demostraron claramente no ser la gratuidad la condición esencial del contrato, pues lo que se pretende consignar como regla general está en la realidad anulado por la excepción. ¿Cómo dudar de la remuneración directa ó indirecta de la inmensa mayoría de los mandatos que se confie-

---

(1) Véase lo dicho en el comentario al art. 1709.

ren y otorgan? El procurador, el agente de negocios, el gestor de determinados expedientes, ¿qué son sino mandatarios retribuídos y asalariados? Si fuera posible traer como prueba de esta doctrina el dato experimental, esto es, la estadística de mandatos que han sido remunerados directa ó indirectamente y de los que no lo han sido, se confirmaría con evidencias de luz meridiana la exactitud de la misma.

Corrobora esta opinión el segundo párrafo del artículo, según el que, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie á que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlos. Es decir, que opuesta á la presunción de gratuidad cuando no medie estipulación, se consigna la contraria de su recompensa cuando el mandato versa sobre servicios ó cosas propias de la ocupación habitual del mandatario.

Infíerese de aquí que no es necesaria la consignación expresa de la remuneración del mandatario para presumirla, desvaneciéndose con ello, ó atenuándose el rigor de la hipótesis de la gratuidad, consignada en el párrafo primero del artículo. Y la razón es obvia; el pacto á que en el mismo se alude no es una estipulación expresa, es, como dice Rogron, una convención, un pacto que á la postre y al fin es simplemente la concurrencia del consentimiento de las partes; y si se recuerda que éste puede ser tácito ó expreso, bastará la convención tácita para inferir la remuneración del mandato en la inmensa mayoría de los casos.

Si los trabajos objeto del mandato están sujetos á un arancel, v. gr., los que realizan los procuradores, los agentes de negocios, etc., entonces no puede haber cuestión, aun cuando nada se haya dicho al conferir el poder, porque los unos y los otros son, por la naturaleza de su ministerio, mandatarios retribuídos.

Se podría preguntar, planteando una cuestión de aplicación del art. 1710, si en el caso de que el mandatario ejecutor de una comisión retribuída por arancel no se dedicase ni tuviese por ocupación tales trabajos, tendría ó no derecho á ser remunerado

por ellos; en suma, si se le podría aplicar la presunción de gratuidad. En el caso supuesto habría que determinar ante todo la intencionalidad de las partes, y si no había convención expresa ni tácita, sería evidente la aplicación en su letra del apartado primero del artículo.

Los jurisconsultos Berlier y Tarrible, aun sin abandonar la teoría romana de la gratuidad, declaran que si bien el mandato es un oficio ó una obligación de amistad, la proclamación de este principio como regla absoluta, podría traer considerables perjuicios á la socidad, y de ahí la conveniencia de establecer la doctrina de su derogación por la voluntad de las partes. Y si esto es así, resulta evidenciada una vez más la falta de unanimidad de los argumentos aducidos para sostener la doctrina tradicional.

A este propósito dice Bertrand de Greuille (Discours, número 4, Locré tomo 7.°, pág. 385): «El mandato es siempre un contrato de confianza y de beneficencia; si la ley permite estipular algunos testimonios de gratitud, ello no es obstáculo para que siempre quede la amistad y el afecto como causa primera del contrato; el mandatario jamás será un asalariado.» Ello será así, pero lo cierto es que la ley habla de remuneraciones. Como dice perfectamente Laurent, esto es hablar el lenguaje del derecho romano aplicándole á un contrato que, en esa forma al menos, no reconoció dicha legislación.

Es inconcuso que allí donde haya una estipulación expresa pactando la retribución, su pago constituirá una obligación del mandante. Ello no puede ofrecer duda, porque en este contrato, como en todos, la voluntad de las partes es la ley, por ministerio de lo estatuído en los arts. 1254, 1258 y 1278, debe ser cumplida.

A falta de estipulación expresa, el Arancel que regula los servicios prestados por el mandatario debe sobreentenderse aceptado en el contrato, y si, no existiendo Arancel regulador, se dedujera de los hechos la intencionalidad en el mandante y en el mandatario de que la representación fuese retribuída, no

habiendo acuerdo sobre el *cuánto*, corresponderá á los Tribunales el fijarlo atendiendo á la naturaleza é importancia de la gestión.

Las orientaciones que en este punto ofrece la jurisprudencia extranjera son poco aceptables, porque la francesa y aun la belga han solido rebajar aún las retribuciones expresamente consentidas cuando el mandante, llegada la ocasión de abonarlas, las ha impugnado por excesivas.

Concepto con arreglo á la jurisprudencia.—Ya al exponer la jurisprudencia relativa á la naturaleza del mandato, hicimos notar cómo su espíritu respondía por completo á la doctrina tradicional de la gratuidad, transcribiendo—por lo expresivas—las declaraciones contenidas en las sentencias de 23 de Octubre y 15 de Diciembre de 1860, 21 de Febrero de 1863, 23 de Octubre y 21 de Febrero de 1867, cuya doctrina ha sido confirmada en las de 18 de Junio de 1884 y 17 de Junio de 1886.

El pensamiento que inspira el art. 1711, es propio también de la jurisprudencia patria. En efecto; hemos afirmado que bastará la convención ó el pacto de retribuir el mandato para considerarle, no como gratuito, sino como remunerado, no siendo precisa una estipulación expresa de pago, por reputarse suficiente á tales efectos la intencionalidad de las partes siquiera se manifieste tácitamente; y así la sentencia de 7 de Febrero de 1880 resuelve un caso en el cual no se estipuló entre mandante y mandatario precio de la gestión, existiendo sólo la manifestación del primero de recompensar al segundo con arreglo á sus méritos y honradez. No podía por tanto reclamar el mandatario cantidad determinada; pero el Tribunal Supremo, confirmando el fallo de la Audiencia, reconoció el derecho del mandatario á la obtención del premio ó recompensa debida. No se faltaba con esta sentencia, claro es, al rigorismo de los principios: pero bien pudiera estimarse que al dejar al mandatario á merced de la voluntad del mandante, pudo éste faltar á la equidad. En 21 de Enero de 1890, consigna dicho Tribunal análoga doctrina, revocando un fallo del inferior, por el cual se había fijado—por

no estarlo en el contrato—la retribución del mandatario en una cantidad determinada. El Supremo dice que subordinada la recompensa de la gestión á las utilidades producidas por el negocio, debía subordinarse aquélla á éstas, por lo cual, al imponer la Sala arbitrariamente una determinada cantidad, infringía la ley del contrato.

La doctrina establecida en el párrafo 2.º del art. 1711, fué también siempre la del Tribunal Supremo, el cual tiene declarado que «en las comisiones en que no media ajuste previo, por hallarse su remuneración sujeta á las disposiciones legales, se entiende que éstas son las que las partes que las encomiendan, así como los peritos que las aceptan, tienen presentes al obligarse» (sentencia de 25 de Octubre de 1886). Cuando el objeto del mandato no sea materia de los servicios profesionales del mandatario, éste no podrá invocar en su favor el precepto consignado en este texto legal, por ser así la jurisprudencia sentada en el fallo de 5 de Noviembre de 1888, al declarar «que la venta de determinadas fincas hecha por un procurador, en virtud de mandato especial para ello, siquiera procedan de una sucesión, no puede estimarse comprendida en los servicios profesionales de la procura, y por ende, carecía el recurrente de derecho á toda remuneración, porque el mandato así conferido debía reputarse gratuito.» El sentido restrictivo de esta jurisprudencia sigue imperando en los fallos más recientes; así lo corrobora el de 2 de Diciembre de 1902—ya citado anteriormente—al declarar que, salvo pacto expreso en contrario, ó costumbre local que lo supla, el derecho del corredor, que ejerce su oficio bajo el imperio del derecho civil común, á ser remunerado depende del cumplimiento de la comisión.

Con esta sentencia podría deducirse que la presunción establecida en el segundo párrafo del art. 1711, sólo se realizará cuando la gestión del mandatario termine felizmente. Para comprobar la exactitud del comentario, bastará referir el caso. Encargado el corredor de vender unas fincas, encontró comprador para ellas, mas éste, antes de otorgar la escritura, de acuerdo

con el dueño de la finca contra el cual dedujo una demanda, retiró ésta, transigió el pleito y se rescindió la venta. Entonces el corredor reclamó el pago de su comisión, siéndole negado por el Tribunal el derecho, por la razón anteriormente apuntada.

El caso del procurador que como mandatario reclama el abono de ciertos gastos sin que éstos los haya motivado su gestión como tal procurador, por lo cual el mandante se niega á satisfacerlos, dando lugar á un recurso de casación por infracción del art. 1711, ha sido ocasión para que el Tribunal Supremo, insistiendo en su doctrina restrictiva, la aplicara á la interpretación de este texto legal, al declarar que no había semejante infracción, porque los Tribunales pudieron, ejercitando un derecho suyo, regular la cuenta presentada. (Sent. de 2 de Enero de 1903.)

Es también interesante la de 3 de Marzo de 1904, por establecer como necesidad ineludible para que se estime como retribuído el mandato, el consentimiento de las partes, por lo que, si éste no existe, falta el vínculo contractual.

Cuando consta que la Sociedad poseedora de unas minas, lejos de aceptar para su venta los servicios oficiosos de unos intermediarios, protestó de su ingerencia y rechazó la propuesta de unos de sus consejeros de que se les abonase determinada comisión, carecen de derecho á ella por faltar el concurso de voluntades.

La jurisprudencia administrativa, con relación al carácter remuneratorio que tienen los contratos de mandato celebrados por las Corporaciones municipales ó provinciales para el cobro de créditos diversos y competencia para conocer de las mismas, es unánime, reconociendo en principio aquel carácter, más subordinando su conocimiento á la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que la Administración examine simultáneamente las responsabilidades en las que pudo incurrir la Corporación, al celebrarlos, para llevar al período de prueba del juicio civil, el resultado de sus gestiones; siendo evidente que en tales contra-

tos obran como simples personas jurídicas, sometiéndose, por tanto, al imperio del derecho común (1).

Al comparar la jurisprudencia francesa, interpretando el artículo 1986, con la española, se advierte una fundamental diferencia de criterio al interpretar como lo hacen análogo principio. Los Tribunales de la vecina nación inclínanse á la presunción del mandato retribuído sin extremar, como lo hace nuestro Supremo, si la naturaleza de los servicios objeto del mandato están estrictamente comprendidos entre los que constituyen la profesión ú ocupación ordinaria del mandatario.

En el caso de los procuradores, resuelto desfavorablemente para éstos, cuando su mandato no se refiere taxativamente á su función profesional, como hemos visto en los fallos citados, tanto las *Courts d' Appel* como el Tribunal de Casación, inspirándose en el principio de que el mandato conferido se basa en el supuesto de las aptitudes del procurador y en su práctica de los negocios, reconocen expresamente el derecho de éste á reclamar una remuneración por los negocios que se les confían en concepto de mandatarios, fuera de las funciones propias de su ministerio.

Entre otros muchos ejemplos que pudieran aducirse, sacados del *Repertorio* de Dalloz, elegimos uno de perfecta analogía al resuelto por el Tribunal Supremo en su fallo de 5 de Noviembre de 1888. Al oponer á la demanda del procurador la representación del demandado, que el mandato de que se trataba era gratuito, los Tribunales de Burdeos, en sentencia de 25 de Enero de 1842, rechazaron el supuesto, reconociendo el derecho del demandante.

Ni siquiera el parentesco ó la amistad son para los Tribunales franceses una presunción de la gratuidad del mandato, antes bien, incumbe al mandante la prueba de que el mandatario ha consentido en ejecutar gratuitamente el mandato. Por regla ge-

(1) Véanse los Reales decretos de 27 de Febrero, 30 de Mayo, 5 de Junio, 15 y 18 de Julio de 1903, confirmatorios de una reiterada jurisprudencia en este sentido.

neral, la jurisprudencia sienta el principio de que, en casos tales, debe dejarse á la apreciación de los jueces la cuestión promovida; y aun va más allá—y no justamente en nuestro sentir—, porque les faculta para regular las convenciones, obra ésta de las partes y no de aquéllos, á quienes sólo incumbe imponer la ejecución cuando voluntariamente no se cumplen.

Precedentes.—El párrafo primero del art. 1711, puede hallar su precedente en la tradición romana, contenida en la ley 1.ª, tít. 1.º del libro 17 del Digesto, y en el párrafo 13 del tít. 27 del libro 3.º de las Instituciones.

En el derecho patrio, precedente, concreto y en sentido estricto, no le hay de este artículo; ni por alusión ó remota referencia, podría invocarse ninguna ley de Partida que contuviera disposición semejante. Tampoco puede invocarse como tal el 1602 del Proyecto de 1851, en primer término, porque fiel á la tradición justinianea, sentó, sin las reservas y los distingos del Código vigente, la absoluta gratuidad del mandato, y en segundo lugar, porque lógico con el principio no le desnaturalizó ni le alteró en las prescripciones contenidas en los artículos siguientes.

La legislación extranjera, salvo raras excepciones, ha copiado el art. 1986 del Código francés, limitado á establecer la gratuidad del mandato cuando no media estipulación en contrario. Demuéstranlo así el art. 1739 del Código italiano, el 1004 del Código austriaco, 1831 del Código de Holanda, el 1.º de la Sección 9.ª del libro 4.º del Código bávaro y el 392 del Código federal suizo en su párrafo segundo.

Concordancias.—Guardan mayor analogía con el Código español los Códigos portugués y chileno. El primero preceptúa en su art. 1331 que «el mandato se supone gratuito no habiéndose estipulado remuneración, excepto si su objeto fuera de aquéllos en que el mandatario interviene con actos consiguientes á una profesión lucrativa á que se dedica». El segundo, aventajando á todos en la claridad de su redacción y en lo preciso de sus términos, así como en la pureza de sus principios, dispone en su

art. 2217: «El mandato puede ser gratuíto ó remunerado. La remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes, antes ó después del contrato, por la ley, la costumbre ó el juez», y como complemento de este precepto, en el siguiente artículo declara «sujetos á las reglas del mandato los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, ó á que está unida la facultad de representar y obligar á otra persona respecto de terceros».

ARTÍCULO 1712

El mandato es general ó especial.

El primero comprende todos los negocios del mandante.

El segundo uno ó más negocios determinados.

Especies del mandato.—Determínanse en este artículo las diferentes especies del mandato, último extremo del presente capítulo, teniendo para ello en cuenta el objeto y la extensión de dicho contrato.

En cuanto á lo primero, importa recordar que las prestaciones de cosas ó servicios por cuenta ajena, constituyen el nexo del contrato. Han de ser actos jurídicos los que constituyan su objeto, y por lo tanto, están excluídas y no podrán ser materia de mandato las cosas ó los actos ilícitos, á tenor de lo dispuesto en el art. 1275. De derecho serían nulos los que así se celebraran, porque la ley no les reconoce ninguna clase de efectos jurídicos.

Fuera de esta limitación, el mandato puede tener por objeto, segun el Código:

a) Todos los negocios del mandante.

b) Uno ó más negocios determinados.

Se ha censurado el precepto legal, tachándole de inexacto y de deficiente. De inexacto, porque no es cierto como afirma, que todos los negocios del mandante puedan ser objeto del mandato, pues hay derechos y deberes tan personales que no son

transmisibles, y de su cumplimiento no puede encargarse mandatario alguno. En el mismo Código se consignan estas excepciones; así, el hacer testamento, lo reputa el legislador como acto personalísimo, no pudiendo dejarse su formación ni en todo ni en parte al arbitrio de un tercero; ni aun haciéndolo, puede en él, el testador comisionar á nadie para que designe el heredero ó las porciones hereditarias (art. 670), ni determinadas comparecencias en juicio, ni absolver posiciones aun habiendo conferido la representación en forma á un procurador, ni otros muchos actos de carácter personal en orden privado y en el público, pueden ser objeto de mandato, escapando así á la definición que en términos tan absolutos da el Código del mandato general.

Lo que los lógicos llamarían *la última diferencia*, tan necesaria para distinguir unos de otros conceptos, y más en el orden jurídico, no se halla establecida entre el mandato general y el especial; porque pudiéndose conferir éste para uno *ó más* negocios, la indefinición del límite implica la confusión, pues todo se reducirá á designar *nominatim* los negocios del mandante, para que un poder especial resulte tan general como el que más. A mayor abundamiento, la práctica enseña ser los poderes especializados de más provechoso fruto para el mandante y para el mandatario, pues facilitando la gestión, evitan las cuestiones á menudo suscitadas en los poderes generales, acerca de si aquélla está ó no comprendida en ellos. De aquí, la afirmación, no por paradógica menos exacta, de que el poder cuanto más especial es, concede mayores y más extensas facultades al mandatario. En este sentido es como debe interpretarse el pensamiento del insigne civilista D. Benito Gutiérrez (1), al tener por mandato general aquel que, aun limitado á un solo negocio, deja al mandatario cuanta libertad pueda necesitar para su cumplimiento, no sólo en los casos previstos, sino en los imprevistos.

---

(1) *Códigos ó Estudios fundamentales de derecho civil español,* tomo IV, página 506.

Los tratadistas del derecho patrio (1), siguiendo á los intérpretes, distinguen dos clases de poderes generales: unos, que abarcan todos los negocios del mandante (cuyo sentido es el del Código) *cui omnes indefinitæ commissæ* de los romanistas; otros, limitados á cierta clase de negocios *certus genus causarum*, pudiéndose clasificar en este grupo el poder general para pleitos de que habla el art. 1280 del Código civil y los poderes para el tráfico mercantil de que habla el Código de Comercio (art. 249).

El mandato especial divídese á su vez en dos clases: la primera, cuando la representación se confiere para uno ó más negocios, y la segunda, cuando especializándose más el mandato, se contrae á un incidente derivado de una representación ya conferida para un negocio determinado. Ejemplo de esta clase de mandatos es el otorgado para inscribir en el Registro cualquier derecho real para cuya obtención anterior se hubiere dado poder, sin extenderlo á los efectos de la incripción.

Los romanistas distinguían en el poder general otras dos especies, también recordadas por nuestros profesores de Derecho civil, á saber: el que denominaban *simpliciter* y el que llamaban poder general *cum libera*, estribando la diferencia en si se concedía ó no, por el poderdante, al apoderado la facultad de cambiar. Sabido es que los doctores se valen para esta distinción del texto de la ley 58 del Digesto, *De Procur*, que habla de un administrador apoderado, no sólo para los actos de administración, sino facultado además para cambiar. Vinio opónese á esta interpretación (2).

A juzgar por la letra del art. 1712, el mandato se refiere siempre á cosas ó negocios del mandante. Para quien haya hojeado nuestros antiguos Códigos, no será menester advertir la diferencia que existe entre el lacónico precepto comentado y aquellas sutilísimas distinciones que hicieron las leyes 20, 21, 22 y 23 del tít. 12 de la Partida 5.ª, tomando como base el sujeto

(1) Laserna y Montalván, Viso, Morató, Sánchez Román, Alcalde y Prieto, Elías, Casajus, etc.

(2) Confer. apud. Sánchez Román y Gutiérrez, obras y tomos citados.

en beneficio del cual se confería el mandato. A su tenor, el mandato podía ser: sólo en utilidad del mandante; en favor de un tercero en pro del mandante y de un tercero; en beneficio del mandante y del mandatario, y, finalmente, en utilidad exclusiva del mandatario De todas estas clases ponen las leyes de Partida clarísimos ejemplos; pero en nuestro sentir, los efectos jurídicos del mandato en favor de un tercero, como el mandato en beneficio del mandatario, se han exagerado grandemente por los intérpretes. En el primer caso, se exagera al suponer pueda el tercero ejercitar la acción de mandato contra el mandante, absurdo jurídico, según el cual, quien no ha contratado ejercita las acciones derivadas del contrato; y en cuanto al segundo, porque más que mandato es un consejo ó una recomendación sin fuerza obligatoria, como así lo reconocieron las leyes romanas.

Conformes con la doctrina expuesta por el Sr. Sánchez Román, creemos que los intérpretes exageraron el alcance de la ley de Partida, «porque ésta se limitó á consignar únicamente el principio de la responsabilidad de indemnizar el mandante al tercero de los perjuicios que le causara la gestión del mandatario, así como facultaba al mandante para repetir de éste, el reintegro de los pagos satisfechos al tercero; pero esto no es por razón del contrato de mandato, ni por el ejercicio de la acción directa que el mismo produce, sino por el principio general de doctrina y de ley, de que todo causante de un perjuicio está obligado á su reparación, unido á la efectividad del hecho ó perjuicio que es el supuesto de la aplicación de la doctrina» (Sánchez Román, obra y tomo citados, pág. 485). Respecto al mandato en favor del mandatario, ya el ilustre Gutiérrez decía: «El mandato dirigido á que otro haga ó verifique tal cosa consultando sólo á su utilidad, merece más que este nombre, el de consejo.» La justificación de la antigua ley, encuéntrala el insigne maestro en que «en ciertos casos se faltaría á todos los principios de moral si se declarase la irresponsabilidad del consultor ó consultado; de aquí es que por derecho civil y aun por el penal, puede haber excepciones á esta regla». Mas nadie se atreverá á confundir

las responsabilidades de orden civil y aun penal derivadas de un mal consejo con la nacidas del mandato, porque las unas difieren totalmente de las otras.

Por otra parte, en el primero de dichos supuestos, admitido, no sólo por nuestras leyes de Partida, sino también por los redactores del Código Napoleón (1), no existiendo interés en el mandante, ¿cómo explicar esta estipulación? Dice muy bien Laurent que sería un hecho inútil, y por inútil, una convención de esa naturaleza sería nula en su esencia.

Volviendo ahora á la exégesis del art. 1712, diremos que la dificultad de su interpretación no estriba en determinar la diferencia cuantitativa entre el mandato general y el especial, sino en poner de relieve la distinción sustantiva entre ambas clases de poderes.

Para evidenciarla, precisa la referencia al art. 1713.

Si se recuerda la distinción romana del mandato *simpliciter* y del mandato *cum libera*, la advertiremos reflejada en este texto legal; pero mejorando el legislador la expresión de su concepto, no hace depender los efectos del mandato de ciertas palabras sacramentales, y por tanto, si bien el art. 1712 dice que el mandato *general* comprende *todos* los negocios del mandante, es evidente que con la limitación aportada por el artículo siguiente no será lícita la creencia de que transmita al apoderado—salvo consignación expresa—las facultades dominicales del poderdante.

No es para olvidada la diferente redacción que existe entre el segundo párrafo del art. 1712 y el primero del 1713. Aquél habla de *mandato general*, y refiérese éste al mandato concebido en términos generales.

De ordinario uno y otro se confunden, mas puede ocurrir que un mandato general autorice para la enajenación; dedúcese de aquí que la verdadera y sustancial diferencia entre unos y otros poderes, estribará, no en el número de los actos ó negocios con-

---

(1) Véase Pothier, *Du mandat.*; Troplong y Tarribe, apud. Locre (tomo y ob. cit.)

feridos al mandatario, sino en la naturaleza de los actos jurídicos que puede realizar.

La disparidad en la redacción de los dos textos suscita en nuestro derecho positivo la misma dificultad de racional exégesis suscitada en el derecho francés, y en general, en cuantos Códigos le siguen, sobre si los términos de la división establecida por el primero responden á los del segundo; esto es, si el mandato general responde al *mandato concebido en términos generales* y el mandato especial al *mandato expreso.*

Jurisprudencia.—La jurisprudencia recientísima del Tribunal Supremo corrobora, de acuerdo con el sentir tradicional, la interpretación restrictiva que ha de darse al mandato general definido en el art. 1712. En pleito sobre reclamación de cantidad tomada á préstamo por un apoderado, en virtud de poder general, dicho Tribunal, por sentencia de 10 de Mayo de 1902, declaró que, aun dando por supuesto, según lo aprecia la Sala sentenciadora, que el apoderado recibiera en préstamo la cantidad reclamada en la demanda, tal apoderamiento no es bastante, conforme al art. 1713 del Código civil, para autorizar al mandatario á la ejecución de actos de dueño que implican gravamen sobre los bienes del mandante, como lo hubiera sido el tomar á préstamo á nombre del mandante *sin mandato expreso* del mismo.

En 27 de Junio siguiente, ratificando la doctrina expuesta, el mismo Tribunal estableció que, en el poder general, definido por el art. 1712, estaban comprendidos los actos inherentes á la administración, considerando como tal, el requerimiento de desahucio, siendo errónea la apreciación del actor de exceder tal diligencia de los límites del poder general, porque en él están abarcados todos los actos necesarios á la buena gestión de los asuntos del mandante, siendo sólo los que, referentes á la facultad de disponer, excluye *nominatim* el párrafo 2.° del art. 1713 del Código civil.

Precedentes.—Es este artículo una traducción fidelísima, en su esencia, de la ley 1.ª, párrafo 1.°, tít. 3.°, libro 3.° del Di-

gesto: *Procurator vel omnium rerum vel unius rei esse potest*, transcripción que también hicieron el art. 1604 del Proyecto de 1851 y el de 1882. En nuestros antiguos Códigos no aparece esta distinción; sin embargo, la ley 19 del tít. 5.º de la Partida 3.ª, habla del poder especial que se ha de conferir al personero para determinados asuntos.

Concordancias.—Coinciden con el precepto de nuestro artículo 1712, el 1987 del Código francés y el 1740 del Código italiano, sin más diferencia que la de invertir los términos de la clasificación; esto es, hablar antes del mandato especial que del general. Concuerdan también con estos textos, el 1004 del Código austriaco, 1831 del holandés, art. 1.º de la sección 1.ª, capítulo 9.º, libro 4.º del Código de Baviera, y 397 del Código federal suizo.

Por la claridad de su redacción y lo preciso de sus definiciones, aventaja á los enumerados el Código portugués. Divide éste el mandato en general y especial (art. 1323). Poder general es, según el art. 1324, el que se confiere para toda clase de actos sin especificarlos. Poder especial el que se confiere para ciertos y determinados actos. El poder general sólo puede autorizar actos de mera administración.

El Código chileno, en sus arts. 2119 á 2122, consigna con gran precisión la diferencia entre el mandato y el consejo, estableciendo que este último no produce obligación alguna, y en cuanto á las clasificaciones del mandato, teniendo por base la utilidad del sujeto en cuyo favor recae, acepta la de nuestras leyes de Partida, mantenedoras de la tradición romana; mas aclarando los conceptos, establece que si el mandante obra sin anuencia de tercero, entre éste y aquél se producirá el cuasicontrato de la agencia oficiosa, y en cuanto á la recomendación de negocios ajenos, por regla general, no constituye mandato. En todo caso, es al juez á quien corresponde decidir, si hay ó no hay conferida comisión, optándose en caso de duda por la simple recomendación.

ARTÍCULO 1713

El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración.

Para transigir, enajenar, hipotecar ó ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros ó amigables componedores.

Recta inteligencia de este artículo.—El presente artículo es complemento del anterior, consagrándose en él la doctrina de que los actos de administración son el contenido propio de los mandatos generales, así como los de propiedad y dominio constituyen materia exclusiva de los mandatos expresos.

Ahora bien: ¿cuáles son los actos de administración aludidos en el primer inciso del texto legal? Parece fácil responder que lo son aquellos que no implican la facultad de disponer, para cuyo ejercicio, según el Código, necesítase de una cláusula expresa de autorización; y sin embargo, los mandatos de administración serán siempre cuestiones de hecho más que de derecho, planteadas ante los Tribunales, porque, ¿cómo dudar de que los actos de buena administración implicarán alguna vez el ejercicio de un acto de dominio? Por ventura el administrador de un predio rústico al vender los frutos, ¿no realiza, á la par que un acto de buena gestión, un acto de dominio? Por esto, sin duda, los glosadores y los intérpretes, á quienes siguieron jurisconsultos de la valía de Pothier (1), aplicaron esta doctrina, invocando la teoría de las presunciones y convalidaron con ellas los actos del mandatario que, siendo actos de buena gestión, implicaban realmente el ejercicio de facultades dominicales.

Mas, con razón dice Laurent, no ser posible esta interpretación extensiva de los actos del mandatario, pues equivaldría

(1) *De Mandat*, núm. 147.

á quebrantar el principio y la distinción hecha por el legislador.

Afirmaciones idénticas pueden hacerse respecto al pago de deudas y al cobro de créditos. En el primer caso, aun suponiendo ejercidos por el mandatario verdaderos actos de enajenación, si el mandato conferido para administrar le autoriza para efectuar toda clase de pagos, es evidente que están *impliciter* comprendidos aquéllos en virtud del principio de lógica, á cuyo tenor quien quiere el consiguiente quiere el antecedente. En cuanto al segundo supuesto, no hay duda posible, dentro de los términos restrictos del mandato de administración. Varía, no obstante, la naturaleza de la hipótesis, cuando sea preciso para el recobro de los créditos ejercer una acción judicial. Arguye, en efecto, su actuación la disponibilidad del derecho del mandante, y por esto creemos preciso, para casos tales, poder expreso, como lo será también para que el mandatario, con poder general, pueda allanarse á las demandas formuladas contra aquél.

Reconocemos que no es unánime entre los jurisconsultos esta opinión; mas nos ratificamos en ella por ser el allanamiento el reconocimiento de un derecho ajeno opuesto al del mandante y no estar comprendido en los actos de administración. Defienden esta inteligencia, Merlín, entre los antiguos jurisconsultos, y Glasson, entre los modernos. El primero, criticando una decisión del Tribunal de Casación de Bélgica, dice: que en el sistema del Código civil, la facultad de allanarse es una consecuencia del señorío ó facultad de obrar y de ejercer cuantas acciones judiciales serían menester. La autoridad de Pothier, invocada por Merlín, lo es con inexactitud notoria, porque el citado jurisconsulto sólo habla de reclamaciones ordinarias contra un deudor.

Además, en el sistema de nuestro Código, no sería posible sostener esta tesis recordando la prescripción del art. 1280, relativo al poder general para pleitos, y seguramente que el notario, ante el cual este poder se otorgara por un mandatario

provisto sólo de poder redactado en términos generales, no le reconocería capacidad para apoderar en forma á nombre de su mandante el procurador.

Determina el segundo párrafo del art. 1713 que para transigir, enajenar, hipotecar ó ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. Se basa esta disposición en el principio jurídico de que sólo el propietario, como dice la ley de Partida, es quien ha el señorío de sus cosas, y por tanto, que los mandatarios carecen de todo derecho para ello, salva expresa delegación para ejercer ese señorío. Siendo esto verdad, ¿cómo se armoniza con la realidad diaria que nos ofrece el caso de administradores que venden los frutos y cosechas de las tierras por ellos administradas? A primera vista, parece como si la costumbre derogara á la ley, y si esto no, por impedirlo el terminante precepto del art. 5.° del Código, que tales hechos constituían una excepción al principio consignado en su texto. Más que una derogación, y no á título de excepción, puede estimarse semejante facultad de los mandatarios, simples administradores, como una aplicación del principio que rige su mandato, porque si es deber suyo conservar las cosas con la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, esas cosechas, estando expuestas á una depreciación, si oportunamente no se vendieran, debe el administrador enajenarlas para evitar ese y otros riesgos mayores. Es un acto no sólo de buena gestión, sino de pura administración, en la hipótesis expuesta.

Para transigir también necesita el mandatario poder expreso. En su virtud, no es dado al mandatario general ejercitar esta clase de actos. La razón es sencilla. Transigir tanto vale como ceder, como abdicar en parte los derechos de una persona, y como la capacidad de transigir está jurídicamente condicionada por la posibilidad de disponer á título de dueño de los bienes ó derechos objeto de la transacción, de aquí la justificada razón por la que el Código exige poder expreso para ello..

Un principio de lógica abona y fundamenta el precepto del último párrafo del art. 1713; pues si el mandante confiere á su

apoderado el mandato para transigir, es por la absoluta confianza que pone en su discreción y juicio para defender sus derechos y sacar el mejor partido en la transacción; pero fiada ésta al juicio arbital ó al de amigables componedores, ya no es el juicio del mandatario quien ha de decidir con soberano imperio la sumisión á la transacción, son personas ajenas al mandante, en quienes éste no fió y á quienes acaso desconoce. Faltaríase á la ley fundamental del mandato, que es la confianza del mandante en el mandatario Por otra parte, el poder dado para transigir no es, por su índole, mandato facultativo, sino imperativo, de aquellos á los que el jurisconsulto Paulo aplicaba la regla *forma in mandatis servanda est ut quoties certum mandatum sit, recedit á forma non debeat* (1), y de los que Gutiérrez decía que contenían, no sólo la esencia del mandato, sino también los términos de la ejecución (2).

Para hipotecar impone el Código también el mandato expreso, infiriéndose de aquí la imposibilidad de que puedan hacerlo los mandatarios con poderes redactados en términos generales. Concuerda esta disposición con la contenida en los artículos 139 y 140 de la ley Hipotecaria. Según el primero de ellos sólo pueden constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposición de sus bienes, ó en caso de no tenerla se hallen autorizados para ello con arreglo á las leyes; y el segundo determina que podrán hacerlo por sí *ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante notario público*.

Por ser el de hipoteca un derecho real limitativo del dominio, se comprende, dada la racional teoría en que el Código se inspira, la necesidad de poder ó de mandato expreso. Ello no quiere decir que en un mandato general no pueda hacerse expresa designación de esta facultad; pero tal cláusula constituirá por sí sola el poder que *nominatim* requiere el legislador.

---

(1) Ley 46, Dig. *Mandat.*
(2) Obra y tomo citados, pág. 510.

Con razón observa Laurent, en abono de disposición semejante del Código francés, que aun los partidarios más tenaces de la interpretación amplia de los poderes generales exceptúan de ellos esta facultad, citando como ejemplos á Pothier y á Troplong.

Para evitar dudas, puestas de relieve por la experiencia, el Código exige también mandato expreso para la ejecución de cualquier otro acto de riguroso dominio En su virtud, tenemos por evidente que ni las servidumbres, ni los censos, ni siquiera los arrendamientos cuando sean de aquellos que han de inscribirse en el Registro de la propiedad, ni tampoco tomar dinero á préstamo, podrán constituirse los unos ó pactarse los otros, sino con poder expresivo de la facultad conferida para cualquiera de tales actos, justificándose esto por la razón de que todos ellos son actos de dominio y afectan al derecho de propiedad. Como dice García Goyena (1), «la ley, que debe velar por los intereses de todos, no puede consentir que un hombre se exprese vaga y generalmente sobre el derecho que confiere á otro para enajenar ó hipotecar, con lo que podría fácilmente despojarle de cuanto posee y consumar su ruina; un poder tan exhorbitante debe hallarse escrito en los términos más formales y explícitos: cuando no se hizo así, la ley, conforme con la razón, presume que el mandante no quiso conferirlo».

Al exponer en el comentario al artículo anterior la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al art. 1712, virtualmente quedó anticipada la doctrina mantenida sobre los preceptos del 1713. Y no es ciertamente contradictoria de la que antiguamente sustentara, de la interpretación restrictiva que ha de darse á las escrituras de poder, pues si éstas no contienen por modo expreso las autorizaciones para vender, enajenar y transigir, no deberán entenderse como tales las fórmulas, más ó menos amplias, con que los poderes se redacten. Así es preciso, según sentencia de 23 de Diciembre de 1890, poder especial para acep-

(1) Obra y tomo citados, pág. 38.

tar, girar y pagar letras, no bastando los poderes generales, de acuerdo con la terminante exigencia de un mandato expreso de los arts. 444 y 447 del Código de Comercio; doctrina repetida en 3 de Enero de 1893.

Los fallos de 10 de Mayo y 25 de Junio de 1902, implícitamente declaran el sentido restrictivo y literal con que debe aplicarse el art. 1713.

Las Resoluciones de la Dirección de los Registros son también muy interesantes desde el punto de vista de la interpretación y alcance que á dicho artículo debe dársele, en relación con el 1712. En Resolución de 23 de Agosto de 1900, se declara que la autorización conferida por un Ayuntamiento á su Alcalde Presidente para vender una finca, no implica la de que pueda cancelar la hipoteca, porque para esto, dice la Dirección, requiérese, según el art. 1713, poder especial.

En 10 de Mayo y en 18 de Diciembre de 1883 se declaró, que conferido un poder para enajenar en una carta, era perfectamente inscribible la venta. También lo es la de las fincas proindiviso, porque la proindivisión no tiene eficacia para variar los caracteres del apoderamiento (Resolución de 29 de Mayo de 1890). La cancelación de una hipoteca, sólo puede obtenerse con mandato expreso (Resolución de 24 de Septiembre de 1891). Estas cancelaciones, lo mismo que las ventas, serán inscribibles, aun cuando en el mandato no se designen concretamente los bienes objeto de la venta (Resolución de 4 de Diciembre de 1888). La licencia marital de que habla el art. 61 del Código civil, debe constar en documento público; pero si una mujer casada otorga una venta diciendo que tiene licencia de su marido, el documento es inscribible, siempre que se haga constar para conocimiento de los terceros que no consta fehacientemente la licencia (Resolución de 22 de Agosto de 1894) (1).

Finalmente, concordando el texto del Código civil con el ar-

(1) A nuestro juicio, la resolución expuesta sienta una jurisprudencia bastante peligrosa, porque de esa suerte, el Registro no constituye para los terceros toda la garantía que debiera contener.

tículo 141 de la ley Hipotecaria, la Dirección ha reiterado constantemente la doctrina de que es imposible integrar ó declarar comprendida en la facultad de enajenar contenida en un poder, la de constituir hipotecas, porque según aquéllos, requiérese poder especial expreso (Resolución de 20 de Marzo de 1899). También lo requiere el arrendamiento hecho por más de seis años, porque tal estipulación afecta de modo considerable al dominio, y excede, por tanto, de las facultades que á los mandatarios confieren los poderes redactados en términos generales (Resolución de 20 de Noviembre de 1900).

Con posterioridad á la edición anterior de esta obra, la jurisprudencia ha confirmado su doctrina sobre la materia, como puede observarse por las declaraciones siguientes:

El poder para administrar no faculta para limitar el ejercicio de un aprovechamiento de aguas (Resolución de 5 de Abril de 1907).

El poder para administrar no faculta para constituir arrendamientos por más de seis años, ó inscribibles (Resolución de 29 de Mayo de 1907).

En el poder para donar no es necesario que se describan las fincas que han de donarse (Resolución de 5 de Agosto de 1907).

El poder para cobrar rentas y cancelar hipotecas no basta para redimir censos (Resolución de 17 de Junio de 1908).

El poder para vender la participación correspondiente al mandante en una herencia indivisa, no faculta para liquidar la sociedad conyugal y dividir la herencia (Resolución de 3 de Noviembre de 1908).

La cancelación de hipoteca existente á favor de un Monte de Piedad y Caja de Ahorros, debe acordarla la Junta de gobierno del establecimiento, no bastando el consentimiento del Director gerente (Resolución de 20 de Abril de 1909).

El préstamo recibido por el Director de un Monte de Piedad en nombre del mismo, pero sin autorización de su Junta inspectora, no obliga á dicho establecimiento (Sentencia de 20 de Marzo de 1908).

Precedentes.—Los de este artículo son: en el derecho Justinianeo, las leyes 60 y 63, título 3.°, libro 3.° del Digesto y la ley 16, tít. 13, libro 2.° del Código.

De nuestro derecho patrio, con criterios de amplitud, podría invocarse la ley 19 del tít. 5.° de la Partida 5.ª, consignando siempre su referencia al personero judicial.

Concordancias.—Igual á la prescripción contenida en el artículo 1713, es la del 1988 del Código francés, 1741 del Código italiano, 1325 del Código portugués y 1833 del de Holonda.

Como especialidades dignas de ser notadas, importa consignar:

a) La especial redacción del art. 1008 del Código austriaco. A su tenor basta que el poder sea genérico en determinados negocios para que pueda el mandatario comprar, tomar dinero á préstamo, prestar, percibir cantidades, entablar litigios y transigirlos, y hasta aceptar ó diferir el juramento decisorio. En los demás casos requiérese poder especial.

b) La consideración de puntos ó problemas de hecho que á la cuestión de poderes reconocen las leyes inglesas, sin otro requisito que el de su extensión en papel sellado, cuando aquéllos se refieran á enajenaciones é hipotecas.

c) La minuciosidad del Código chileno, al determinar en su artículo 2132, cuáles actos son los comprendidos en el poder para administrar, indicando entre ellos los de pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, cuando pertenezcan al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio á los deudores; intentar las acciones posesorias, é interrumpir las prescripciones en lo tocante á dicho giro; contratar las reparaciones de las casas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo ó beneficio de las tierras, minas, fábricas ú otros objetos de la industria que se le haya encomendado.

Para todos los actos que salgan de estos límites necesitará el mandatario poder especial, corroborándose con mayor precisión el precepto por el apartado segundo de dicho artículo, al determinar que la cláusula de libre administración no confiere

otras facultades que las consignadas en la ley; y como ésta excluye en sus artículos 2141 á 2146 los actos que no pueden ejercerse con aquel poder, de ahí la manifiesta superioridad, á nuestro juicio, del Código chileno.

ARTÍCULO 1714

El mandatario no puede traspasar los límites del mandato.

ARTÍCULO 1715

No se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste.

Facultades del mandatario para la ejecución del mandato.—Realmente estos dos artículos pudieran constituir uno solo. Ambos se refieren á lo que los antiguos llamaban la interpretación del mandato por el mandatario. El primero de esos textos consagra el principio general, y contiene el segundo una aclaración beneficiosa para el mandatario, cuando habiéndose excedido en el cumplimiento de su comisión, la mala fe del mandante se negara á reconocerlo así. Si el mandatario obra en virtud de un poder que el mandante le ha conferido, la representación se circunscribe á los límites señalados en aquél ¿Traspasa el mandatario esos límites? Pues entonces no hay representación; los actos realizados, ó serán un abuso y una prolongación de sus funciones sin razón de ser, ó una indigna violación del mandato (1).

Recordemos con Gutiérrez que el mandato fué uno de los cuatro famosos contratos del derecho romano, y que todavía en nuestra época, más indulgente que las pasadas, no se perdona á quien abusa de la amistad y traiciona la representación que mereciera por este título ó por el de sus aptitudes.

Quiere decir esto que la interpretación del mandato ha de ser

(1) Véase Tarrible. *Rapport*, núm. 7 (Locrè, tomo 7.°, pág. 379).

siempre restrictiva, para evitar se convierta en daño del mandante lo que éste autorizó para su utilidad y beneficio. El mandatario debe llenar, como dijo Paulo, todos los fines del mandato *diligenter finis mandati custodiandi sunt* (ley 5.ª, Dig. *de Mand.*). Estos serán más ó menos extensos, según los términos del poder, y á ellos deberá siempre atenerse el apoderado, *sin excederse ni en más ni en menos* y sin violar jamás sus preceptos; pero como á la confianza depositada por el poderdante puede el mandatario corresponder excediéndose en el cumplimiento de su misión, y utilizando toda suerte de recursos para más favorecerle, consigna el Código que quien tal hiciera, no traspasaría los límites del mandato. Es esta una regla de equidad ya tenida en cuenta por las leyes romanas y repetida en los Códigos modernos.

El sentido restrictivo en la interpretación de los mandatos aparece evidenciado, no ya por la ley natural, por la equidad y por la jurisprudencia, sino por el mismo Código, cuando hablando de la facultad de transigir, afirma que no lleva implícita la de comprometer en árbitros ó amigables componedores (1). Surge de aquí la cuestión de saber cuáles sean los efectos jurídicos de aquellos actos realizados por el mandatario con exceso notorio de las facultades propias de su representación, no sólo con relación á su poderdante, sino también con relación á los terceros que han contratado con él creyendo hacerlo con el mandante. Los jurisconsultos franceses atiénense á la nulidad de los actos ejecutados sin representación, por lo que atañe á las obligaciones del mandante; para nosotros, la inexistencia del vínculo jurídico es evidente, porque basándose en el consentimiento, donde éste no ha existido, mal pueden nacer obligaciones ni derechos. Tal es el principio aplicable, según nuestro parecer, á las cuestiones de hecho, motivadas por los actos que ejecutaren los mandatarios excediéndose de sus poderes.

---

(1) Con razón dice Goyena que la facultad de transigir no confiere al mandatario la de comprometer, porque «terminar por el propio juicio ó por el de otro, son cosas diferentes que el mandatario no puede confundir sin desnaturalizar el objeto del mandato».

Numerosas son las cuestiones que los antiguos jurisconsultos planteaban al tratar de la interpretación del mandato. Examinemos las más corrientes en la realidad:

a) Por la naturaleza é índole restrictiva de los mandatos expresos y especiales, ha surgido, con relación á ellos, la cuestión de si los mandatarios pueden en su ejecución verificar algunos actos conexos con su mandato, aunque en él no estén especificados. La opinión general decídese por la afirmativa, estimando que tales actos hállanse virtualmente conferidos con la representación, ora á título de actos preparatorios, ora con carácter de indeclinable consecuencia ó complemento del mandato especial. No faltan tratadistas que contradicen esta doctrina, fundados en el sentido restrictivo de la disposición legal, pues lo contrario sería, en su sentir, violar el espíritu y la letra de aquélla (1). Para juzgar con acierto deberá el juez, ante todo, atenerse á la finalidad del contrato, ó acto jurídico encargado por el mandante, para deducir de ella, si no estuviera clara y concretamente expresada en el mandato, la mente del mandante. Esta regla de hermenéutica parécenos perfectamente aplicable á cuantas cuestiones análogas se pudieran plantear.

b) Más que en la nuestra, en otras naciones ha surgido el problema de si el mandatario á quien se confiere poder para interponer una apelación, puede desistir de ella cuando no contuviere aquél esta facultad de un modo expreso. En nuestro derecho procesal no es posible esta duda, porque, con arreglo al artículo 4.0 de la ley de Enjuiciamiento civil y al párrafo 2.º del art. 846 de la misma, para tener por desistido al recurrente, tanto de la apelación como de cualquier otro recurso que hubiere interpuesto, es necesario que el procurador tenga ó presente poder especial para ello ó que el litigante interesado se ratifique en el escrito de desistimiento.

Teóricamente no podría sostenerse, como lo han hecho algunos escritores, que siendo término menor el desistir de una ape-

(1) Aubry y Rau tomo 4.º, ob. cit., págs. 642 y 412.

lación, que la mayor facultad que supone su incoación, el procurador podría hacerlo cuando lo estimara conveniente á los intereses de su representado. Decimos que no es término menor, porque hay entre ambos actos una perfecta equivalencia, entendida ésta en cuanto á la importancia del acto se refiere. La apelación supone la defensa de un derecho que se estima lesionado por el fallo del inferior; desistir de la apelación, no sólo implica la renuncia del derecho concedido por la ley, sino algo más, la conformidad con el fallo apelado. Y siendo esto así, ¿cómo, en términos de buena lógica, puede sostenerse una tesis semejante? El procurador á quien no se le hubiere conferido poder para desistir de los recursos por él interpuestos, violaría, al hacerlo, la ley del contrato, traicionaría la representación que le fué conferida.

c) Si un testador confiere á su albacea facultad de hacer la partición de ciertos bienes entre sus herederos, por la fe que le merezca, no podrá éste extender su mandato á la partición de otros bienes, y al verificarlo excedería los límites de su mandato, infringiendo el precepto del art. 1714.

d) En cuanto á la facultad de arrendar, al comentar el artículo anterior, hemos visto cómo sin poder especial y expreso para ello, no puede inscribir el mandatario los arrendamientos hechos por más de seis años, por implicar el ejercicio de facultades dominicales. Si lo hace, evidentemente excede las facultades de su mandato.

e) Dalloz estudia la cuestión de si el mandato conferido para el pago de deudas del mandante lleva implícita la de tomar dinero á préstamo para efectuarlo, y la resuelve de acuerdo, con jurisprudencia sentada por los tribunales de Burdeos, en sentido afirmativo. Estimamos peligrosa esta doctrina ante la consideración de que son términos contradictorios el pagar deudas y el tomar dinero á préstamo, porque esto significa contraerlas de nuevo. El caso que cita no puede servir de ejemplo, porque el mandatario de un contratista ausente, al pagar los jornales de los obreros empleados en la empresa, contrayendo, por no

tener fondos á su disposición, una deuda equivalente al importe de esos salarios, obraba realmente dento de las facultades que le habían sido conferidas al encargarle del cuidado de aquélla.

f) No se entiende contrariado el mandato, cuando teniendo éste por objeto recibir el pago de un crédito á favor del mandante, acepta una suma parcial ó parte alícuota del mismo. Sería violación del poder si aceptase aquélla á título de reintegro total. La diferencia entre uno y otro acto jurídico es tal, que excusa todo comentario. En el primer supuesto hasta era un derecho del deudor que no podía desconocer el mandatario; en el segundo constituiría un menoscabo de los legítimos derechos del mandante. También sería excederse de los límites del poder todo intento de acción judicial encaminada al cobro del crédito, porque sólo al mandante incumbe el decidir si debe ó no afrontar los riesgos de una reclamación de esta naturaleza.

La jurisprudencia, antes y después de la publicación del Código, ha mantenido la misma doctrina contenida en los artículos 1714 y 1715 de éste Según ella, «hay que atenerse siempre á la escritura de poder, aun cuando confidencialmente se conviniere en cosa distinta».

«El mandatario, afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Julio de 1890, no puede alterar los contratos celebrados por el mandante, salvo pacto expreso»; deduciéndose de esto que traspasará los límites del poder quien tal haga. En 20 de Junio de 1894 se esclareció la doctrina del Código, diciendo que «las facultades del mandatario están subordinadas siempre á los términos del poder, y si en éste se consignó que para la eficacia de los convenios celebrados fuese necesaria la previa aprobación del mandante, resultará evidenciada la nulidad de los celebrados sin ella». Por donde se ve cómo, nuestro primer tribunal, interpretando rectamente los textos legales, marca con claridad los efectos jurídicos que, con relación á los terceros, tienen los actos del mandatario cuando se ejecutaron con evidente infracción y exceso de los límites señalados por el mandante. Doctrina recientemente mantenida en 7 de Junio de 1902,

en que, concordando el art. 1714 con el 804 y el 1259, se declaró la ineficacia del contrato á nombre ajeno cuando se traspasa la voluntad del mandante.

La Dirección de los Registros, en Resolución de 31 de Octubre de 1892, ha consignado de un modo expreso que para juzgar si los actos del mandatario se ajustan al poder ó le traspasan, hay que atenerse sobre todo á la intención del mandante.

Finalmente, el precepto consignado en el art. 1715, de no considerar traspasados los límites del mandato cuando éste se cumple de una manera más ventajosa para el mandante, lo ha aplicado el Tribunal Supremo al desestimar un recurso de casación, fundado, entre otras infracciones legales, en la supuesta del art. 1714, declarando que un comisionista, si bien no había cumplido á la letra las instrucciones—tratábase de un seguro de cantidad—, había verificado el mandato sin perjudicar al mandante, antes bien, la empresa en la que había constituído el seguro abonó antes la cantidad que el Estado, donde á tenor de las instrucciones del poderdante debía el mandatario haber efectuado el seguro (Sentencia de 13 de Octubre de 1902).

Precedentes.—Los precedentes legales de estos artículos, son: en el derecho romano, la ley 5.ª antes citada, y las 22 y 41 del título 1.º del libro 17 del Digesto, y el párrafo 8.º, tít. 27 del libro 3.º de las Instituciones (*Non debet excedere finis mandati*).

En nuestro derecho patrio, la ley 21, tít. 12 de la Partida 5.ª, que dice: «Tenudo es de lo cumplir bien e lealmente ... et deuer trabajar de cumplirlo cuanto pudiere bien e lealmente ... Et si aquel que rescibio el mandato fizo algun engaño en aquello que ouo de facer ó de recabdar..., tenudo es de lo pechar á aquel de quien rescibio el mandado.» Esta ley determina las distintas clases de mandato, según la utilidad del mismo; por eso, y á los efectos del precedente estricto, transcribimos las palabras finales, expresivas del modo de cumplir la comisión conferida.

Concordancias.—La primera parte del art. 1989 del Código francés establece que «el mandatario no puede traspasar los li-

mites que marque el poder» (1), y copiándolo literalmente consigna idéntico principio el art. 1742 del Código italiano.

Afirma el 1335 del Código portugués que «el mandatario está obligado á cumplir su mandato en los términos y por el tiempo porque fué concedido». Preceptos similares contienen los artículos 1009 y 1016 del Código austriaco, el 49 del tít. 13 del antiguo Código prusiano, el 1834 del Código holandés y la generalidad de los Códigos de los Cantones suizos, precepto que también figura en el Código federal de ese país.

Difiere de los Códigos citados el bávaro, según el cual, «el mandatario debe hacer todo lo que exige la naturaleza del negocio aun más allá del negocio»; precepto éste de peligrosa elasticidad, si no estuviera atemperado por otros de índole análoga á los citados (arts. 8.º y 9.º, cap. 9.º del lib. 4.º)

El art. 2131 del Código chileno dice: «El mandatario se ceñirá rigurosamente á los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen á obrar de otro modo.»

Es evidente que, en el supuesto de la ley chilena, en modo alguno puede haber exceso en el cumplimiento del mandato. García Goyena sostiene que tampoco excederá de los límites del mandato el que lo cumpla *per equipolloens* siempre que de esto no se siga perjuicio al mandante.

ARTÍCULO 1716

El menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores.

La mujer casada sólo puede aceptar el mandato con autorización de su marido.

Capacidad jurídica para el mandato.—Desenvuelve este artículo la doctrina de los elementos personales del contrato de man-

(1) Con este artículo debe concordarse el 1997 del propio Código, cuando por su ministerio se exime al mandatario de prestar toda garantía, por lo que se hubiere excedido del mandato, si dió conocimiento bastante de sus poderes á las personas con quien contrataba como tal mandatario.

dato, que con los elementos reales (materia) y los formales (expresión), determinan la perfección del mismo. Su transcendencia es notoria, por referirse á la importante cuestión de la capacidad y además por lo que modifica el derecho antiguo, circunstancias que exigen su detenido estudio.

El artículo no habla de quiénes tienen capacidad para ser mandantes; refiérese sólo á la capacidad para ser mandatarios de aquellas personas á quienes la ley no considera con la plena capacidad civil. ¿Puede por ello estimarse deficiente su contenido? ¿Significa esa atribución de capacidad á personas no del todo capaces una excepción en su favor? Y, caso afirmativo, ¿por qué ésta se introduce en su favor y no en el de otras personas cuya incapacidad parece reiterarse al no favorecerlas con ese beneficio?

Porque no hable de la capacidad del mandante no es deficiente el artículo. Capacidad para ser mandante la tienen cuantos pueden contratar y obligarse y quienes tengan capacidad *in potentia*, aunque no *in actu*, podrán celebrar este contrato por medio de sus legítimas representaciones.

Coordinado el artículo con los 1263 y 1264, aparece clarísima la doctrina de la capacidad del mandante y justificado el silencio que guarda el texto legal. Tarrible decía «que no teniendo este contrato otro objeto que confiar al mandatario la gestión de un negocio que sólo al comitente interesa, es evidente la capacidad de éste, pues sólo el que puede obligarse está capacitado para confiar su ejecución á otro. En realidad, es el mandante quien contrata, se obliga y obra» (1).

En cuanto al mandatario, ¿quién tiene capacidad para serlo? Directamente no responde el art. 1716 á esta pregunta, porque se limita á establecer la excepción indicada; pero desde luego puede afirmarse la carencia de capacidad de los menores no emancipados, y de algunos otros incapacitados para obligarse, como los locos y dementes y los sordomudos que no sepan escri-

(1) Véase *Rapport*, núm. 10. Locré, tomo 7.°, pág. 379.

bir. Y aunque ya nos hemos ocupado de tales incapacidades y de algunas otras relativas en el comentario de distintos artículos del Código, remitiéndonos á lo consignado entonces para evitar repeticiones, nos limitaremos á su aplicación práctica en el contrato de mandato.

a) Menores.—Según el art. 1263, son incapaces para contratar los menores no emancipados. Declara el párrafo 1.º del 1716 que el menor emancipado puede ser mandatario; y si se recuerda la doctrina legal de la emancipación, se deducirá que no pudiendo ésta tener lugar hasta que el menor haya cumplido diez y ocho años, sólo franqueado este límite podrá ser mandatario. Pero no es así, pues á los catorce años el varón y á los doce la mujer pueden contraer matrimonio, el cual produce de derecho la emancipación, lo que hace surgir la duda de si el art. 1716, al no distinguir á qué clase de emancipación se refiere, comprende todas sus variedades ó sólo la voluntaria, ó sea la concedida al menor que hubiere cumplido diez y ocho años. Las opiniones de los autores son diversas. Se inclinan unos á creer que á esta última se refiere, y en tal supuesto, censuran el precepto legal por estimarlo redundante é inútil repetición del número 1.º del 1263, y ociosa la disposición al establecer que el mandante sólo tendrá acción contra el menor en los límites marcados para las obligaciones de éstos, pues el art. 317 que taxativamente enumera los actos prohibidos al menor emancipado, no comprende entre ellos el que pueda obligarse como mandatario. Otros tratadistas creen que el emancipado por haber contraído matrimonio, puede ser mandatario (1). Dos razones nos mueven á inclinarnos á esta opinión: la primera, la aplicación de la máxima jurídica *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (2); y la segunda, que la regla 3.ª del art. 50 no tiene conexión ninguna con el mandato, y en cuanto á la contradicción que supondría

---

(1) Sánchez Román, *Derecho civil español común y foral*, tomo 2.º, páginas 199 y 200 (segunda edición del indicado tomo).

(2) Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 1884 y 11 de Marzo de 1895.

administrar bienes ajenos por razón de éste y no poder administrar los suyos y los de la sociedad conyugal (art. 59), tiene más de aparente que de real, porque en la administración propia es el menor quien á sí mismo se obliga, y en la ajena contrata y obra á nombre del mandante; y en cuanto á las obligaciones que pudiera contraer derivadas del contrato, hace el Código la reserva y advertencia al mandante antes aludida.

M gistralmente fundamenta Laurent disposición análoga del Código francés, cuando advierte que el tercero no tiene acción ninguna contra el mandatario, sino contra el mandante, debiéndole ser indiferente la incapacidad del mandatario (1). Tarrible, vindicando este precepto de anticipadas censuras, dice: «Que el mandato se haya dado á un menor ó á un mayor, ó á una mujer casada, como que se dé á quien tenga el pleno goce de sus derechos civiles, la persona del mandatario desaparece como un andamiaje inútil ya cuando el edificio está construído» (2). Si el mandante ve después lesionados sus derechos por actos del mandatario incapaz, la culpa será suya, debiendo aceptar por tanto las consecuencias de ello.

b) *Demencia, locura y sordomudez.*—Son estas otras causas de incapacidad á tenor del art. 1263; pero el 1716 no consigna excepción ninguna respecto de ellas como hace con la edad y el sexo. No se puede inferir la incapacidad absoluta de las personas afectadas por la tercera de dichas causas: primero, porque sujeto el sordomudo á una tutela especial, cuyos límites se han de graduar en relación á la incapacidad, puede en determinadas condiciones otorgar y recibir un mandato, según sea la naturaleza de éste; y en segundo lugar, porque no carece realmente de capacidad legal para contratar, cuando de una manera evidente y cierta se acredite su voluntad. Y si esto decimos en general, claro es que la capacidad de los sordomudos que sepan escribir, considerámosla descontada en razón á que así lo afirma el texto legal.

---

(1) Laurent, obra y tomo citados, págs. 451, § 398.
(2) *Rapport*, núm. 10 ya citado.

c) Prodigalidad é interdicción civil.—Modifican la capacidad ambas causas, y á ninguna de éstas aluden ni el artículo que comentamos, ni el 1263 al enumerar los incapacitados para contratar y obligarse. De tal silencio no puede inferirse la capacidad plena de los pródigos é interdictos para contratar el mandato. Sujetos éstos á tutelas de carácter especial, en el caso de los primeros habría que atenerse á lo establecido en la sentencia declaratoria de la prodigalidad para inferir de ella si está comprendido el mandato de un modo expreso ó tácito; y en cuanto á la interdicción civil, la incapacidad consígnala expresamente el Código, si no en este artículo, en el 1732, al establecerla como causa de la extinción del mandato.

No es necesario, ciertamente, encarecer la razón de dicha incapacidad. Considerada antiguamente la interdicción en sentido de muerte civil como pena privatoria de todos los derechos anejos á la personalidad humana, no sólo de los derivados de la convivencia social, sino de los inherentes al individuo, las leyes de Partida la equipararon á la muerte (ley 2.ª, tít. 18 de la Partida 4.ª), y si bien la 4.ª de Toro reconoció á los condenados á ella el derecho á disponer por testamento de sus bienes, todavía las leyes de 9 y 16 de Mayo de 1835 establecieron el derecho preferente del Estado á la sucesión del condenado á interdicción.

El progreso y dulcificación de las costumbres, reflejándose en los Códigos modernos, limitó los efectos de la pena, considerándola como accesoria, á la privación de los derechos de patria potestad, tutela, participación en el consejo de familia, autoridad marital, administración de bienes y derecho á disponer de los propios por donaciones inter vivos (1). Adviértese por esta enumeración y por el carácter accesorio de otra pena principal, cuyo efecto es la privación de la libertad, la razón de la incapacidad que para ser mandantes y mandatarios tienen los sujetos á las mismas.

---

(1) Véanse las limitaciones establecidas en el art. 43 del Código penal.

d) Insolvencia y quiebra.—El mismo art. 1732, al establecer como causa de la extinción del mandato la insolvencia ó la quiebra, implícitamente declara tales estados personales como motivos de incapacidad, por llevar aparejados el primero el incumplimiento forzoso de las obligaciones, y el segundo la inhabilitación; presunción, sin embargo, que motiva algunos reparos, pues si bien es cierto que algunos mandatos no podrán cumplirse en razón á la insolvencia ó á la quiebra, existen otros á los que no afectan dichos estados por no derivarse de ellos responsabilidades pecuniarias. ¿Por qué no han de ser capaces en estos casos los insolventes y los quebrados? Muy bien podría aplicarse á ellos las palabras de Tarrible, antes trascritas, de importar poquísimo la capacidad del mandatario, por ser el mandante quien se obliga y contrata por su mediación. Ello, no obstante, en una recta exégesis del precepto del Código, esas consideraciones no tienen valor ni eficacia.

e) Estado religioso.—Teniendo en cuenta las leyes canónicas dicho estado, ¿será motivo de incapacidad en el contrato de mandato? Comentarista y expositor tan notable del Código francés como Troplong, suscita esta cuestión, resolviéndola negativamente, por entender que los ligados por un voto de obediencia están por ello incapacitados. «No llaméis mandato, dice, los hechos y las comisiones que una congregación religiosa impone á cualquiera de los miembros que la constituyen, porque están encadenados por un voto de obediencia... No pueden tener la posición libre de los mandatarios, que si tienen obligaciones que cumplir, pueden también ejercitar determinados derechos.» (Troplong, *Du Mandat.*). Laurent comenta el pasaje transcrito, y por su parte añade que la incapacidad señalada por Troplong para los miembros de las congregaciones, debe extenderse al clero secular.

Los errores notorios de tal teoría y el espíritu sectario que la inspiran excusan su refutación, porque toda inteligencia desapasionada y serena advertirá las limitaciones del dogma de una parte, y de otra la absoluta y total distinción entre la vida

religiosa y la civil; y aun considerada la cuestión desde el punto de vista de esos autores, resulta absurda la teoría.

En el derecho positivo patrio tenemos que considerar, en primer lugar, el régimen concordatorio en que viven la Iglesia y el Estado, y, por tanto, la necesidad de tener en cuenta la legislación canónica. Mas como el art. 38 consagra de un modo explícito la vigencia de las leyes eclesiásticas, y en su apartado primero, la facultad de las personas jurídicas para contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles, conforme á las leyes y reglas de su constitución, parece fuera de duda la capacidad cuando la ley canónica no lo impida. Las limitaciones individuales de aquélla para ciertos actos, hállanse expresamente consignadas en el Código, y como ni en este artículo ni en el 1263 les prohibe ser mandantes ó mandatarios, de ahí nuestra opinión favorable á la misma.

Cierto es, como observa Sánchez Román, que hay disposiciones que prohiben á los ordenados *in sacris* ser agentes ó administradores de bienes ajenos, á no ser los de su Iglesia y con licencia del ordinario; pero el verdadero sentido de estas leyes consiste en prohibir á los clérigos regulares y seculares la agencia de intereses ajenos, pero en manera alguna puede estimarse su sentido como prohibición de ser mandatarios para la celebración de cualquier acto jurídico (1).

f) *Mujer casada.*—Respecto á la capacidad que para celebrar el contrato de mandato tienen las mujeres solteras llegadas á la mayor edad, no hay duda ninguna, pues el sexo, como condición modificativa de aquélla, para nada influye en su disposición ó aptitud para celebrarlo. Pero si el sexo nó, sí influye en cambio el estado matrimonial, restringiendo considerablemente la capacidad.

El párrafo segundo del art. 1716 establece que la mujer casada sólo puede aceptar el mandato con licencia ó autorización de su marido, y dado el sentido rectrictivo de este texto, se plan-

(1) Sánchez Román, obra y tomo citados, página 487.

tea la cuestión de si el Código prohibe á la mujer sólo ser mandataria ó también ser mandante. No nos parece dudosa la solución admitiendo la capacidad sin más limitación que la de haberse de tener en cuenta las estipulaciones matrimoniales, el régimen conyugal. Así, respecto á los bienes parafernales, es evidente que, teniendo la propiedad y la administración, puede, con relación á ellas y á cuantos tengan su condición jurídica, conferir el mandato, y descontado queda que separada la mujer del marido por sentencia á ella favorable, ó cuando éste fuere condenado con la accesoria de la interdicción, no sólo puede ser mandante sino también mandataria.

¿Por qué la mujer casada, salvo las excepciones apuntadas, no puede ser mandataria sin licencia del marido? La razón de la ley es obvia. Correspondiendo al marido en derecho positivo la autoridad y el poder doméstico, se violaría este principio si la mujer pudiera aceptar por sí un mandato por darse acaso una oposición entre sus deberes de esposa (obediencia al marido) y sus obligaciones como mandataria. Por ello, dice Goyena, sería hasta impertinente insistir en razonar una disposición tan natural y tan justa. Por otra parte, la mujer casada que aceptara un mandato sin la autorización de su marido, imposibilitada de cumplirlo, podría oponer al mandante su incapacidad, burlando así las responsabilidades contraídas; y como entonces, por falta de esa licencia, quedaría anulada la estipulación, para prevenir esta contingencia la ley impone para la validez del mandato la licencia marital. Tal razón, alegada por Berlier (1), es importante y merece aducirse en pro del precepto legal. Laurent combate esta opinión por creer que si la licencia se impone, es para salvaguardar los intereses de la mujer y de la familia, y como al aceptar un mandato la mujer casada no compromete ninguno de esos intereses, porque no contrae ninguna responsabilidad, el marido no tiene derecho ni interés en oponerse á su ejecución.

---

(1) *Exposse de motifs*, núm. 5. Locré, tomo 8.º, pág. 374.

El caso de que no le convenga la aceptación del mandato, es completamente distinto de la cuestión de la capacidad. Si la mujer desobedece faltará á su deber de esposa, mas no por ello el mandato será menos válido. Pero esta opinión es errónea, porque se olvida en ella que contrayendo la mujer como mandataria determinadas responsabilidades para con el mandante, su incapacidad, en caso de faltar la licencia, privaría al mandante del ejercicio de su acción para exigirlas, ó por lo menos, no resultaría práctico dicho ejercicio.

La buena fe del mandatario y de los terceros, ¿alcanza á convalidar un mandato conferido por un incapaz? Esta cuestión planteada por los intérpretes, nos parece de solución muy clara. Siendo nulo el mandato en su origen, nulas han de ser las obligaciones todas que de él se deriven, no bastando la buena fe á convalidarlas en razón á los abusos y fraudes que motivarían la aplicación de tal principio, justamente rechazado por la casación francesa cuantas veces se ha pretendido esa validez.

Precedentes.—En el sentido estricto que la palabra tiene, no podría citarse precepto alguno de las leyes patrias, excepción hecha de la ley 19, tít. 5.°, de la Partida 3.ª, que autorizaba al mayor de diez y siete años para ser mandatario extrajudicial. En cuanto al judicial, las modernas leyes establecieron la capacidad para aceptarlo y ejercerlo desde los veintiún años.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 1608, tampoco puede ser invocado como precedente, porque nada contiene con relación á los menores emancipados, y en cuanto á la mujer casada, establece que *pueden ser mandatarias* SIN AUTORIZACION *de su marido; pero no quedarán obligadas sino con arreglo á lo dispuesto en el tít. 6.°, libro 3.° Sin embargo, no podrán serlo contra la voluntad expresa del marido.*

Justificando Goyena este artículo, dice: «no puede negarse que hay en la mujer aptitud moral para desempeñar el mandato, y el comitente no puede ser sometido en la elección del mandatario á otra regla que su propia confianza.

Si ésta fué tanta que, á pesar de saber que la mujer no que-

daba obligada por la aceptación del mandato, se decidió á dárselo, impútese asimismo las consecuencias.

Tampoco presenta inconvenientes respecto de un tercero, porque no siendo el mandatario más que el órgano del mandante, tiene el tercero expedito su derecho contra este como si hubiera contratado directamente con él.

El segundo párrafo del artículo, salvando la palabra «expresa», pudiera estimarse como genuino precedente de la disposición vigente. Cotejando los dos textos en su integridad, como el del artículo 1716 no especifica si la autorización ha de ser expresa ó tácita, la aquiescencia del marido á los actos que la mujer realice como mandataria deberán interpretarse como testimonio del consentimiento.

Los efectos jurídicos del mandato ejercido por la mujer, en cuanto á las responsabilidades derivadas del mismo, claramente los consignaba el art. 1606 del Proyecto de 1851.

No sucede lo mismo en el Código vigente, debiéndose consignar que, mientras en el caso de los menores la limitación de la responsabilidad está perfectamente indicada, nada dice cuando de la mujer se trata, diferenciándose en esto de lo consignado en aquel proyecto. La explicación es, sin embargo, muy racional dado el pensamiento del legislador, porque no pudiendo la mujer aceptar el mandato sin el consentimiento del marido, otorgado éste, no puede disminuirse la responsabilidad, pudiendo el mandante exigirla íntegramente.

En cambio, era más lógico el Proyecto de 1851, al no decir nada de los menores, porque en el art. 275 había igualado sus derechos á los que integran su plenitud en la mayoría de edad.

Concordancias.—Coincide en lo sustancial nuestro art. 1716 con el 1990 del Código francés, sin más diferencia que la reserva hecha con relación al mandato ejercido por la mujer casada, al referirse á las reglas establecidas en el título del Contrato de matrimonio y de los respectivos derechos de los esposos Más similar á la nuestra es la redacción del art. 1743 del Código italiano. El portugués, en su art. 1334, establece idénticos princi-

pios, siendo de notar que, con relación á los menores, no distingue entre los emancipados y los no emancipados; y por lo que atañe á la exigencia de responsabilidades, respecto de éstos y de la mujer casada impone al mandante las limitaciones anejas á la contratación con esa clase de personas, salvo el que sus representantes legales, el tutor con relación al menor, y el marido con respecto á la mujer, hubiesen autorizado por escrito la ejecución del mandato

Preceptos semejantes al francés contienen los arts. 1835 del Código holandés, 2970 del Código de la Luisiana, y 1995 al 2001 del de Bolivia. Tampoco discrepaban los Códigos de los antiguos cantones suizos, y el Código federal de las obligaciones vigentes en aquel país contiene análogo precepto.

De los Códigos de las Repúblicas sudamericanas, ninguno varía en su fondo esencial de los ya transcritos artículos. Algunos, como el venezolano (art. 1648), son idénticos al nuestro. Otros, como el chileno (art. 2128), se asemejan al tipo francés, pero con su acostumbrada precisión señala aquél los efectos jurídicos, asegurando la plena integridad en los actos del mandatario referentes al mandante y á los terceros, y en cuanto á los del mandatario con el mandante, subordina las exigencias de responsabilidades contractuales á las reglas relativas á los menores y á las mujeres casadas.

ARTÍCULO 1717

Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

La materia desenvuelta en este artículo se refiere á los efectos jurídicos producidos cuando el mandatario obra en su propio nombre, así con relación á los terceros con quienes contrate, como en relación al mandante y á sus cosas. La simple enunciación del objeto parece indicar que el art. 1717 estaría mejor colocado al tratar de las acciones derivadas del contrato, ó si se quiere, al tratar de las obligaciones del mandatario; pero los autores del Código hubieron de comprenderlo en el capítulo primero por ser una consecuencia de la naturaleza del mandato, en el que es de esencia que se contrate á nombre del mandante y no del mandatario.

Entrando en su examen, salta á la vista desde luego la razón de su precepto. En efecto; si el mandatario obra en su propio nombre, ¿dónde está la representación?, ¿por cuenta de quién, sino de sí mismo contrata y se obliga? Con ello desaparece la figura jurídica á que dió vida la voluntad del mandante y el consentimiento del mandatario, para sustituirse con otra relación jurídica entre éste y el tercero, por lo que el precepto establecido es justo y equitativo, lo mismo cuando se trate de actos espontáneos del mandatario, que para nada se relacionen con el poder, que de hechos realizados con exceso de sus facultades. En ambas hipótesis, ni el mandante puede ni debe tener acción contra los terceros, ni los terceros contra él. Las obligaciones y derechos nacerán exclusivamente en el contrato realizado para el mandatario y la persona con quien contrató como consecuencia de su mutuo y *personal* consentimiento.

Mas puede suceder, que el mandatario, aun obrando dentro de los términos ó límites del mandato, y ésta es la finalidad real del art. 1717, repetida en el 1725, contrate con el tercero en su propio nombre, sin darle á conocer su cualidad de representante. ¿Cuál será el efecto de esta estipulación? Sin vacilación puede responderse que el vínculo jurídico creado por el contrato realizado, afectará al mandatario y al tercero exclusivamente, y nada tendrá que ver en ello el mandante. De este caso ofrecen la jurisprudencia belga y la francesa numerosos ejemplos.

En el *Pasicrisie* belga se cita el siguiente: «Encargado A. de una compra de carbones, la hizo á su nombre, sin dar al vendedor noticia de su calidad de mandatario de B. Reclamado el pago, el tribunal condenó al representante, y no al representado, porque de hecho, aun cuando no en la intención, se había obligado personalmente; y como dice perfectamente el Tribunal, B. tenía y ejercía su derecho á reclamar» (1827, pág. 188).

Pero hay otra consecuencia más importante aún. No porque afecte la obligación sólo al mandatario y al tercero, queda aquél desligado con relación al mandante, y la razón es obvia. En tanto que el mandato subsista, la primera obligación es la de su ejecución, y del incumplimiento deriva la acción del mandante. Cierto que el mandatario ha obrado en su nombre; mas como enseña Pothier, está obligado por la ley del mandato á poner á disposición del mandante la cosa adquirida ó el servicio realizado; y si bien no se crea por esto ninguna relación entre el mandante y los terceros, por ser el primero ajeno á la convención, en realidad tiene un medio de adquirir personalidad en ella: obligar al mandatario á la subrogación y cesión de sus derechos contra los terceros, acción que tanto deriva del mandato como de un principio de equidad.

Mayores dificultades suscita resolver si los terceros podrán ejercitar contra el mandante la acción de *in rem verso*. Nos inclinamos á creer que no, por la inexistencia en este caso del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos, fundamento jurídico de la acción *in rem verso*.

Las enseñanzas de Pothier son las que han servido de norte á la casación francesa y á la belga en los distintos casos que á ellas se presentaron. Lo resuelto por la Court de Bruselas es curiosísimo. Dos comisionistas franceses encargaron á un representante suyo en Bélgica el arriendo de una casa que pudiera servirles de domicilio y de oficinas. El mandatario contrató el alquiler á su propio nombre, y cuatro años más tarde, fundándose en esto, desposeyó del local á sus comitentes. Promovido por éstos litigio, fué desestimada la demanda; pero recurrida

en casación la sentencia, el Tribunal declaró que, «aun contratado el alquiler de la casa por el mandatario á su nombre, venía obligado, con relación á los mandantes, á cederles todos los derechos y acciones que por virtud del mencionado arriendo pudieran corresponderle».

El Tribunal de Casación francés declaró corresponder á los terceros la acción *in rem verso*, aplicando el principio de que á nadie es lícito enriquecerse á costa de otro (Dalloz, *Repertorio*, 1864, 1, 35).

Al comentar los arts. 1714 y 1715 determinamos, con relación al mandante, los efectos jurídicos de los actos realizados por su mandatario, extralimitándose del poder conferido. Ratificándonos en la doctrina allí sustentada, indicaremos ahora los que surten con relación á los terceros. Éstos hállanse expícitamente determinados por el art. 1257, al declarar que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan. El tercero en este caso es uno de los contratantes; en su virtud podrá dirigir su acción contra el mandatario, por ser éste quien verdaderamente se obligó con él. Se equipara este caso al del mandatario que obra en su propio nombre, siendo mayor todavía el fundamento de sus obligaciones para con la persona con quien contrata, pues al excederse de sus poderes cónstale la falta de representación, debiendo considerarse responsable personalmente de las obligaciones por él estipuladas. Si el mandatario obra de buena fe, esto sucederá pocas veces, porque si declara obrar en nombre ajeno y da conocimiento al tercero de su mandato, éste, al advertir la deficiencia del poder, rehusará entrar en el contrato, y, en caso de aceptar, la responsabilidad del mandatario desaparece, porque la culpa será de quien contrató con persona inhábil, y á sí mismo habrá de imputársela.

Cabe también que puesto en conocimiento del mandante, éste lo apruebe, resultando entonces como una ampliación del poder conferido: es un consentimiento *à posteriori*, equivalente al mandato mismo. Esta ratificación puede ser expresa ó tácita, resultante de los hechos del representado, acusando su consen-

timiento. En tales supuestos, el mandatario se desliga de las obligaciones que le serían imputables con relación á los terceros, quedando en cambio establecido el vínculo jurídico entre ellos y el mandante.

Establece el párrafo segundo del art. 1717 una excepción al principio fundamental que le inspira de reputar como obligaciones personales del mandatario, las que contraiga en su nombre, y es cuando se trate de cosas propias del mandante. Esta excepción es digna de alabanza, porque de lo contrario quedarían completamente burlados los derechos del tercero, dándose lugar á grandes fraudes y abusos. Como luego veremos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado con gran sabiduría el sentido y alcance de esta disposición.

No hay necesidad de insistir sobre el alcance del contenido del último inciso de este artículo, por haber indicado ya que es una consecuencia legítima de los derechos del mandante á pedir al mandatario la consiguiente reparación del daño causado por el incumplimiento del mandato, puesto que, omitido por aquél su carácter representativo, le priva de todas sus acciones contra los terceros, excepción hecha de que el mandatario le cediera, á virtud de su requerimiento, las suyas; requerimiento á que el mandante tendrá perfecto derecho en virtud de este último párrafo del art. 1717.

Con gran precisión ha fijado el Tribunal Supremo en su sentencia de 1.° de Mayo de 1900, la doctrina relativa al precepto que examinamos. El problema presentado á la casación, y por ella resuelto, era el siguiente: Depositados unos valores en el Banco Hipotecario, se pidió su devolución por el mandatario del dueño. El poder conferido le autorizaba para reclamar de los Bancos y Sociedades la entrega del capital é intereses de su mandante; pero el Hipotecario no accedió á la devolución solicitada, sino que exigió la firma del dueño en los resguardos. Para lograr sus propósitos, el mandatario falsificó la firma, y no advertida esta suplantación por los empleados del Banco, éstos le hicieron entrega de los valores. Procesado y condenado por es-

tafa el mandatario, los herederos del mandante promovieron un pleito contra el Banco, fallado en primera y segunda instancia condenando á éste á readquirir las cédulas entregadas al mandatario, ó en su defecto al pago de las amortizadas y del interés legal, é interpuesto recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción de los artículos 1717 y 1727, al declarar al Banco responsable de la devolución del depósito, desconociendo el principio de que el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, y *que si se trata de cosas propias del mandante, aun en el supuesto de obrar el mandatario en nombre propio*, queda aquél sujeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas, el Tribunal Supremo casó la sentencia del inferior, estimando que, según la doctrina legal contenida en el art. 1717, cuando se trata de cosas propias del mandante, *el mandatario le obliga aunque no ostente el carácter de tal mandatario y aparezca obrando en nombre propio.*

Precedentes.—No encontramos ninguno ni en el derecho romano ni en las leyes de Partida. Esto no quiere decir que la doctrina establecida en nuestro Código sea exótica y no tenga la autoridad que presta el derecho tradicional. El precepto, si nuevo en su letra, es antiguo en la esencia por ser un corolario de la doctrina jurídica del mandato, así de la romana, basada en la confianza, como de la moderna, fundada en la representación. Quien al contratar á título de mandatario ocultaba este carácter, traicionaba la confianza depositada en él, como traiciona desde nuestro punto de vista la representación que ostenta cuando al contratar la omite. En uno y otro caso las obligaciones contraídas deben serlo del mandatario, pues así en el derecho romano como en el derecho actual, falta base para que lo sean del mandante. Por esto, al recoger el Código en un precepto las consecuencias de la doctrina, no la crea ni la establece, no hace más que darle forma.

Concordancias.—No todos los Códigos contienen precepto semejante al de nuestro art. 1717; carecen de él los Códigos fran-

cés y belga, y ni el austriaco ni el federal suizo de las obligaciones, contienen artículo de concordancia exacta. En su fondo sustancial coinciden el Código italiano en su art. 1744, mas no tiene la prescripción por la que se entiende la disposición legal en el mismo contenida, sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario. El Código portugués, en su art. 1338, establece la responsabilidad del mandatario por cuanto hiciere excediéndose de las facultades conferidas, tanto con relación al comitente, como en relación á los terceros. El chileno, en el 2151, declara que el mandatario puede en el ejercicio de su cargo contratar á su propio nombre, mas cuando esto haga no obliga al mandante. Los demás Códigos americanos contienen análogas disposiciones, y los publicados con posterioridad al nuestro, entre otros el de Venezuela y el de Honduras, le siguen literalmente.

CAPÍTULO II

De las obligaciones del mandatario.

ARTÍCULO 1718

El mandatario queda obligado por la aceptación á cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante.

Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza.

ARTÍCULO 1719

En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario á las instrucciones del mandante.

A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

Fundamento jurídico de ambos preceptos.—Iníciase en este capítulo lo que se llama el contenido jurídico del contrato de mandato, exponiéndose en él las obligaciones del mandatario, para

desarrollar en el siguiente los deberes del mandante. Sintéticamente expone aquéllas el art. 1718 diciendo que por su aceptación queda obligado el mandatario á cumplir el mandato; la forma de su ejecución declárala el art. 1719, abonando la íntima conexión que uno y otro guardan la necesidad de comentarlos juntamente.

El precepto contenido en el primero de ellos es la ratificación del principio general que rige el derecho de la contratación. La prestación del consentimiento hace surgir las mutuas obligaciones de las partes contratantes, por lo que el mandatario tiene como primer deber, *mientras lo sea*, la ejecución de la cosa ó del servicio en representación del mandante. Según Gutiérrez, «los deberes del mandatario comprenden dos períodos distintos; durante el mandato consisten en llenar lealmente su cometido y en dar cuentas una vez terminado» (1).

Llenar lealmente el cometido que se le confirió equivale á realizar cuantos actos sean precisos para concluir el negocio; por eso, en el derecho romano se declaraba al mandatario responsable no sólo de los actos realizados, sino también de los que debió practicar. Esta responsabilidad de la acción y de la omisión la determina el art. 1718 al disponer que el mandatario responde de los daños y perjuicios que se ocasionen por la no ejecución del mandato. Esta debe ser íntegra y no parcial ó incompleta, porque así realizada sería la negación más que el cumplimiento del mandato. Sin embargo, la ejecución parcial obligaría al mandante. *Rogatus, ut fidejuberet, si in minorem summan se obligavit, recte tenetur ei mandator contraria actione mandati usque ad eam summam* (ley 33). Claro es que si el mandato abarca un fin determinado, para cuya realización son menester actos distintos, no realizando el mandatario más que los primeros, su responsabilidad será la misma que si no hubiera ejecutado el mandato, y cesaría la obligación del mandante; así se infiere del siguiente texto de Javoleno: *si fundum, qui per partes vaenit; emendum tibi mandassem*

(1) Obra y tomo citados, pág. 509.

sed ita, ut non aliter mandato tenear, quam si totum fundum emeres;... et eveniet, ut his, cui tale mandatum datum est, periculo suo interim partes emat, et nisi totum emerit, ingratus eas retineat. Quod si mandassen tibi ut fundum (hunc qui per partes vaenit) mihi emeres non addit eo, ut non aliter, mandato tenear, quam si totum emeres, et tu partem vel quasdam partes ejus emeris, tunc habebimus sine dubio invicem mandati actionem, quamvis reliquas partes emere non potuisses (ley 36, párrafos 2.º y 3.º del Digesto).

Ejemplo de ejecución parcial del mandato lesivo á los intereses del mandante es el que cita Laurent, tomado de la casación francesa. Un propietario da orden á su mandatario para vender dos casas y emplear el precio de la venta en la compra de ciertos valores. El mandatario consuma la venta, mas retiene el precio en su poder. El Tribunal de Casación falló que el mandatario debía haber comprado inmediatamente los valores encargados, según la cotización del día en que recibió el dinero, y que al no hacerlo así, lesionó al mandante en sus intereses, porque el objeto real del mandato, según se desprendía claramente de los términos del poder, era la adquisición de aquellos valores; la venta ordenada de las casas no era sino el medio para el empleo del producto en esta especulación; por esto, al retener el precio, el mandatario violó la letra y el espíritu del mandato. Cabría preguntar, si la decisión hubiera sido la misma, si por azares de la cotización, la compra hecha al cabo de unos días hubiera sido beneficiosa al mandante. Aplicando al supuesto el art. 1715 de nuestro Código parece imponerse la respuesta negativa.

No basta que el mandatario cumpla el mandato, sino que además ha de atenerse en la ejecución á las instrucciones del mandante. Así preceptivamente lo dispone el art. 1719. Quiere indicarse con ello la falta de libertad del mandatario para elegir otros medios distintos para realizar su misión. Coordínase esta disposición con las del art. 1714 que prohibe al apoderado transpasar los límites del poder.

No obstante la terminante prescripción del art. 1719, enten-

demos que concordado éste con el 1715 deja cierta libertad al mandatario para la elección de los medios necesarios al cumplimiento del mandato. Entre ambos textos existe, al parecer, una irreductible oposición de sus términos; pero ésta es más aparente que real, pues como el 1715 antecede al 1718, por regla de interpretación lógica ha de subordinarse éste á aquél.

De lo expuesto se infiere que la medida de la responsabilidad del mandatario, será por una parte el prudente ejercicio de su libertad de acción, y por otra, la demostración del mayor éxito que tengan los medics por él empleados en la ejecución del mandato. Con arreglo á este criterio es como deberá interpretarse el mandato cumplido, porque si bien la letra del art. 1719 es terminante y resultará más cómodo al mandatario atenerse á las instrucciones del mandante, si defiriendo de ellas, ejecuta la comisión con éxito mayor, la demanda que fundada en este artículo incoara el poderdante no prosperaría, porque sería de estricta aplicación el precepto del art. 1715. Exceptuado este caso, será de aplicación estricta la letra de los arts. 1714 y 1719, y al decir éstos que el mandatario ni puede traspasar los límites del mandato, ni dejar de arreglarse en su ejecución á las instrucciones que hubiere recibido del mandante, conservan en su esencia el concepto romano de la observancia de la *forma* del mandato, y la forma implicaba en el derecho justinianeo, no sólo el contenido intrínseco de las órdenes del representado, sino de cuantas modalidades contuviera en orden al tiempo, lugar, procedimientos é instrucciones especiales para cumplimentarlas. (*Diligenter finis mandati custodiandi sunt; nam qui exicesit aliudquid facere videtur*. Leyes 5.ª, en su párrafo inicial, 22 y 41, tít. 1.º, libro 17 del Digesto.)

Cuáles sean las consecuencias de la inejecución del mandato con relación al mandatario, exprésalas el art. 1718, diciendo que por su incumplimiento responde de los daños y perjuicios ocasionados á su representado. Este principio es de carácter general, porque es la aplicación al mandato de la teoría desarrollada por el art. 1101, cuando preceptúa que quedan sujetas á la in-

demnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia ó morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas. Con la claridad en él habitual, Pothier, razona la aplicación de este principio, diciendo que es una secuela de la aceptación del mandato. Libre el mandatario para rehusarlo, pudo ahorrarse sus molestias; mas aceptándolo, al no cumplirlo traiciona la confianza en él depositada: ha contraído la obligación de ejecutarlo, constituyéndose en deudor del mandante, y, por tal título, responde de los daños y perjuicios.

Ahora bien: la expresión empleada por el legislador, al decir el mandatario *responde de los daños y perjuicios que de no ejecutarlo se ocasionen al mandante*, ¿quiere decir que la responsabilidad va aneja al incumplimiento, ó debe entenderse limitado sólo al caso de que de la inejecución deriven realmente daños y perjuicios? Para nosotros la interpretación fiel de ese texto es la última, y nos fundamos en que no puede haber indemnización cuando no se ha causado daño. Según este criterio, el mandante al reclamarla deberá acreditar la existencia y la cuantía del perjuicio (1). Reclamar á título de un perjuicio eventual, no es posible, pues la ley y la jurisprudencia rechazan juntamente esta hipótesis; el daño recibido y el perjuicio que realmente se haya podido causar por el incumplimiento del mandato, el menoscabo sufrido y la privación de un beneficio cierto, son los únicos títulos que puede invocar el mandante en abono de su pretensión.

La interposición ó el ejercicio de la acción para la indemnización depende de la voluntad del mandante; pero la ratificación del mandato le privará del derecho á ejercitarla, si el mandatario lo ejecutara. Evidente sería el incumplimiento del primer mandato; pero al conferir el segundo versando sobre el mismo objeto, constituía con ella la aprobación tácita de la conducta

---

(1) Véase sobre esta materia la obra magistral de Larombière, *Theorie practique des obligatione*.

del mandatario, y en el supuesto de que éste reiterase el incumplimiento, no podrían contarse los perjuicios reclamables sino á partir de la fecha de la aceptación del segundo mandato.

He aquí algunos ejemplos tomados del *Repertorio* de Dalloz que confirman dicha doctrina: «Un mandatario otorga un préstamo con carácter hipotecario, mas descuidando su deber de registrar la hipoteca constituída, no lo hace hasta que revocado el mandato se dispone á rendir cuentas á su poderdante y devolverle la documentación. Advertida por éste la falta, le pide una indemnización por su negligencia, y negada por el apoderado, promueve la correspondiente acción judicial que, seguida ésta en todas sus instancias, la Casación francesa rechazó por prematura, considerando que el mandante no había experimentado ninguna pérdida, pues tenía expeditas sus acciones contra el prestatario, y podía ejercitar su acción privilegiada, no pudiéndose sospechar que experimentara pérdida de ninguna clase.» Este ejemplo se ha repetido mucho, y así la Courts d'Appel como la Casación han sostenido siempre el mismo criterio.

Otro caso. «Encargado un agente de comprar valores del Estado, no lo hace en la fecha indicada por su mandante. Transcurrida aquélla, renueva el mandante la orden de compra, no siendo cumplimentada por el agente. Por fin á la cuarta ó quinta vez se ejecuta el mandato, acusando el mandante la conformidad, y después, transcurrido algún tiempo, reclama la indemnización de daños y perjuicios.» La casación falló que el mandante que ha ratificado lo hecho por su mandatario sin reservas ni protestas, renuncia á la indemnización á que tendría derecho por los retrasos y modificaciones en la ejecución.

Huelga decir que los perjuicios que al tercero se causen por la inejecución del mandato estarán incluídos en la indemnización que el mandatario abonará á su poderdante, pues aquél, en caso de experimentar alguno, habría de dirigirse al mandante, persona con quien él realmente se disponía á contratar, y éste, á su vez, á su representante, que con su incuria y negligencia

habíale hecho experimentar el daño. Por esto la ley no habla ni tiene para qué hablar de los daños causados á los terceros por la inejecución del mandato. En cuanto á los efectos producidos por el mandato cumplido sin ostentar la representación del mandante, así con relación á éste como á los terceros, basta la referencia al comentario del art. 1717, cuya es la materia aludida. Para completarla, en cuanto al presente artículo se refiere, y en relación también con el 1715, bastará consignar como derecho del mandante (inferido de la coordinación de estos tres artículos), cuando el mandatario ha excedido los límites del poder, si se trata de una compra, dejarla de cuenta del mandatario Si la ejecución del mandato ha sido de tal naturaleza que ocasiona perjuicios al mandante, tendrá éste derecho á exigirlos, como en el caso de incumplimiento (1).

El segundo párrafo del art. 1718 preceptúa también, como obligación del mandatario, la de terminar el negocio que ya estuviere comenzado á la muerte del mandante. Se esclarece la inteligencia de esta disposición teniendo en cuenta el ser motivo dicha muerte de la extinción del poder conferido.

Razona García Goyena análoga disposición del Proyecto de 1851, diciendo: «Porque es encargo de confianza y generalmente *nemo mandat, nisi amico et fideli*. Faltaría, pues, á la confianza y á la amistad el que en este caso, y hasta recibir nuevas instrucciones de los herederos, no continuase en la cosa ya comenzada». Por nuestra parte añadiremos ser laudable la previsión del legislador, justificándola además los principios de equidad que, atemperando los rigorismos jurídicos, evitan los perjuicios que se producirían por la paralización inmediata de las gestiones del mandatario.

Cuán distinta sea la situación del mandatario, según se le den ó no instrucciones concretas para cumplimentar el encargo recibido, es evidente.

---

(1) Confer. Dalloz, Pothier y Duranton, obras citadas, número 191 de la *Voz Mandat.* en el primero, 38 en el segundo. *Du Mandat* , y 240 del tomo 18 del tercero.

En el primer caso se trata de un mandato imperativo y concreto, no sólo en su esencia, sino también en sus detalles. En el segundo, es un mandato facultativo en cuanto á los medios para su ejecución. Para aquél, claramente establece el artículo 1719 los deberes del mandatario. Cuando no haya instrucciones y se encuentre el representante con la libre elección de los medios, el precepto legal establece que el mandatario deberá hacer todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia. Realmente, ni se puede exigir más al mandatario ni se le puede pedir menos, y como quiera que la regla establecida es la general de la contratación, encontramos lógica su aplicación al contrato de mandato. Las cuestiones que puedan originarse sobre su aplicación, serán siempre cuestiones de hecho de la libre competencia y apreciación de los Tribunales.

El Tribunal Supremo ha establecido, con relación á la materia objeto de los artículos que examinamos, la siguiente jurisprudencia. La ejecución del mandato, como primer deber del mandatario, es principio sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de una manera constante, declarando además que no son incompatibles para el mandante ejercitar las acciones para exigir la rendición de cuentas y pedir la indemnización de daños y perjuicios por la defectuosa ejecución del mandato (Sentencia de 15 de Junio de 1880) Es doctrina de antiguo sustentada por la casación patria la de que el mandatario ha de atenerse, en el empleo de cantidades propiedad del mandante, á las instrucciones de éste, siempre que aquél pruebe haberlas recibido, absolviéndosele en ese caso de las responsabilidades exigidas por el poderdante (Sentencia de 2 de Julio de 1889), y cuando eso suceda, *por haberse ejecutado el mandato conforme á las indicaciones hechas,* las obligaciones del mandatario son del mandante, en razón á la naturaleza del contrato (Sentencia de 9 de Diciembre de 1889).

Con posterioridad á la publicación del Código, el Tribunal Supremo ha hecho aplicación de los artículos objeto de este comentario en 13 de Octubre de 1902, y ha definido su verda-

dero sentido y alcance en sentencia de 3 de Diciembre de 1902; y por lo que se refiere á la continuación del mandato después de la muerte del mandante, objeto del párrafo segundo del artículo 1718, ha declarado que al cobrar rentas devengadas en vida del mandante, efectuándolo después de su muerte, obró dentro de su derecho el mandatario, siéndole aplicable el inciso segundo de aquel texto legal (Sentencia de 4 de Abril de 1903).

Aplicando los arts. 1711, 1719, 1727 y 1728 del Código, declara la sentencia de 24 de Enero de 1907, que el mandatario no puede exceder nunca los límites del mandato, y debe siempre en el cumplimiento de su misión ajustarse á las instrucciones del mandante, por lo que, el procurador que sin instrucciones ni conocimiento de su principal, promueve cuestiones y ocasiona gastos, debe pagar éstos, sin derecho á exigir al mandante su reintegro.

Precedentes.—Hállanse los de carácter romano en las Instituciones y en el Digesto. *Sicut liberum est mandatum, non suscipere, ita susceptum consummare oportet, nisi renuntiantium sit* (párrafo 11, tít. 27, libro 3.º). *Et si susceptum non implevit, tenetur* (ley 5, párrafo 1.º, tít. 1.º, libro 37 del Digesto). *Qui mandatum suscepit, si potest explere deserere promissum officium non debet, alioquim quanti mandatoris intersit damnabitur* (ley 27, tít. 1.º del Digesto).

En el derecho patrio pueden estimarse como precedentes los citados al invocar los del art. 1714, ó sea la ley 21 del tít. 12 de la Partida 5.ª, cuando estatuye que «si recibiese el mandato devese trabajar de cumplirlo cuanto pudiere, bien e lealmente», (Véanse también las leyes 20 y 22.)

Concordancias.—Concuerdan con el art. 1718 de nuestro Código el 1990 del francés, variando su redacción porque limita el deber al tiempo de la duración del encargo, limitación verdaderamente ociosa, porque desposeído el mandatario de la representación, desaparece el vínculo jurídico creado por el contrato. El 1745 del Código italiano copia literalmente al Código Napoleón. El 1335 del Código portugués, más sencillo en su redac-

ción, se limita á establecer que el mandatario está obligado á cumplir su mandato en los términos y por el tiempo por que fué conferido, y con ligeras modificaciones más de forma que de fondo, concuerdan también el 1837 del Código holandés, el 1022 del Código austriaco, el federal suizo de las Obligaciones, que resume las disposiciones de los Códigos cantonales, el 2971 del Código de la Luisiana, 2002 del Código de Bolivia, los arts. 1650 y 1651 del venezolano, 2131 del chileno, en cuanto se refiere al cumplimiento del mandato y para la exigencia de responsabilidades, graduándolas de modo diverso, y con menos acierto que en el nuestro, según la naturaleza del mandato y la mayor ó menor repugnancia que á la aceptación del poder mostrara el mandatario.

ARTÍCULO 1720

Todo mandatario está obligado á dar cuenta de sus operaciones y á abonar al mandante cuanto haya recibido, en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo.

Es un principio axiomático que, quien administra intereses ajenos, contrae, por el mero hecho de administrarlos, la ineludible obligación de dar cuentas. Por ministerio de él constituyése, como decía Tarrible (1) en cuentadante el mandatario con relación al mandante. Razones de dignidad en el mandatario y el interés del mandante, según Gutiérrez (2), abonan este deber juntándose para exigirlo la moral y la ley escrita. Cuando el mandato se considera nacido de la amistad y del afecto é inspirado en la confianza, como le consideraban el derecho romano y los antiguos jurisconsultos, parece, si no supérfluo y en absoluto ocioso, amenguado en su importancia, este deber de la rendición de cuentas; pero la realidad se impuso, así en el derecho

(1) *Rapport*, núm. 11. Locrè, tomo 7.°, pág. 381.
(2) Obra y tomo citados, pág. 513.

justinianeo como en los tratadistas, para estimar tal obligación como ineludible, imperando la verdadera naturaleza del mandato como función representativa de la que deriva con verdadero y lógico fundamento el deber de rendir cuentas.

En orden al tiempo, esta obligación nace, y es exigible, finido el mandato, cualquiera que sea la causa de su extinción, y en cuanto á su contenido debe ser el de una cuenta regular, detallando minuciosamente los ingresos y los gastos con expresión de los conceptos que los hubieren motivado. En tal supuesto, no podrá estimarse como rendición de cuentas la nota expresiva del total de los ingresos y de los gastos con la remisión si lo hubiere del saldo á favor del mandatario. La cuenta ha de rendirse en la forma dicha, uniéndose á ella los justificantes de las partidas, y con devolución de cuantas cosas y documentos el mandatario hubiere recibido por razón del contrato. Esta amplitud de la cuenta tiene su fundamento en el mismo art. 1720 y lo expresivo de su texto excusa toda dificultad para su exégesis.

Esa obligación de rendir cuentas, ¿puede ser dispensada al mandatario por el mandante? Si se otorga el mandato en documento público, ¿qué efectos producirá su constancia? He aquí la cuestión más fundamental sobre el alcance del art. 1720.

Alégase, para sostener la opinión afirmativa, la posibilidad de esta estipulación, el uso discrecional que el mandante puede hacer de su derecho, y finalmente, la experiencia que á diario ofrecen ejemplos de tales pactos, y de mandantes que examinan pro fórmula las cuentas de sus mandatarios, aprobadas sin verlas en razón á la confianza merecida por éstos. Mas ninguna de estas razones es bastante para quebrantar la convicción contraria. La rendición de cuentas es esencial en el mandato, y por grande que sea el derecho de las partes, por mucho que se repita que el contrato es su ley, la voluntad individual no puede derogar la esencia de las convenciones contratadas. Dice bien Zachariæ (1): de igual suerte que no cabe estipular una venta

(1) *Derecho civil,* tomo 7.º

sin precio ó sin objeto, no cabe estipular un mandato, empezando por derogar las obligaciones impuestas al mandatario. Y si la rendición de cuentas es el firme cimiento de donde arranca el derecho del mandante para exigir la indemnización de daños y perjuicios por faltas cometidas en la ejecución del mandato, ¿cómo es posible relevar de tal obligación al mandatario? Liberarle de toda responsabilidad, capacitarle incluso para cometer la culpa sin temor á la sanción, serían los resultados de convención ó de pacto semejante, y como ello constituiría una violación contradictoria del interés público, de ahí su nulidad.

Desde el punto de vista meramente legal, tal convención caería de lleno dentro del art. 4.º del Código, á cuyo tenor, «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordena su validez»; y si bien este precepto faculta para renunciar los derechos por las leyes otorgados, tal renuncia está condicionada por que sea ó no contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero. Recuérdese, además, que según el art. 1102, es irrenunciable la acción para exigir la responsabilidad procedente del dolo en todas las obligaciones.

No atenúa la eficacia de la argumentación expuesta el hecho de que alguna vez se haya reconocido la eficacia de tal estipulación; pero examinando bien el caso citado y las indicaciones de Troplong, se advierte que, bajo la figura del mandato, la esencia del hecho jurídico realizado era una donación, así conferida por razones en que se juntaban la delicadeza y el afecto.

El caso era el siguiente: un hijo, poseedor de cuantiosa fortuna adquirida en las colonias, al emplear parte de ella en la adquisición de grandes propiedades en su país, confirió á su padre un mandato para administrarla, otorgándole el derecho al disfrute de sus beneficios y rentas, y eximiéndole de la rendición de cuentas. Fallecidas las partes contratantes, los herederos exigieron á los del mandatario la rendición de cuentas, que les fué concedida en primera instancia y negada en la Audiencia. Al resolver la Court de Casation, estableció que realmente no se

trataba de un mandato, sino de una donación hecha bajo aquella forma, para no herir la dignidad paternal. Este carácter de donación, es el que á tal pacto reconoce el Sr. Falcón. Por otra parte, y en eso se basa el supuesto erróneo de la argumentación contraria, la práctica admite las liberalidades hechas bajo la forma de un contrato á título oneroso. Finalmente, cuando á tenor de las disposiciones del Código, hasta el padre está obligado á rendir cuentas de los bienes que de sus hijos administra, mal se puede sostener que, dentro del criterio del legislador, sea lícito eximir al mandatario por una estipulación—y nada importa á estos efectos el que conste en la forma solemne del documento público—de rendir las cuentas de su mandato.

Las decisiones de la Casación francesa, registradas por Dalloz, relativas al caso de la mujer, como mandataria del marido, exenta de rendirle cuentas, no invalidan la eficacia de la doctrina expuesta, porque en muchas de ellas se eludió más ó menos hábilmente la cuestión, suponiendo que más que contratos de mandato eran contratos de depósito (1).

Al determinar el art. 1720 el deber de la rendición de cuentas, agrega, como implícitamente comprendido en él, la entrega por el mandatario al mandante de cuanto hubiere recibido por razón del mandato, *aun cuando lo recibido no se debiere al mandante.* Quiere esto decir que, la acción para reclamar este pago de lo indebido habrá de dirigirse contra el mandante, en manera alguna contra el apoderado intermediario entre aquél y el tercero, y sin más personalidad que la refleja del mandante. Este precepto confirma una vez más el carácter representativo de las funciones del mandatario, y la inoportunidad de depurar si son debidos ó no los fondos ó los bienes que para su representado se le entreguen.

Según Pothier, en la cuenta del mandatario deben figurar en los ingresos, no sólo los que real y efectivamente haya percibido, sino también los que no lo hubieren sido, con expresión del mo-

(1) Dalloz. *Mandat*, núm. 248-2.°

tivo que lo produjo, siendo fácil de esta suerte determinar el grado de diligencia empleada por el mandatario en el cumplimiento de su misión, y deducir las consiguientes responsabilidades Esta indicación de Pothier no significa que el mandatario haya de pagar las sumas no recibidas; una cosa es la obligación de su abono y otra la de llevarlas á la cuenta, con indicación de su causa.

Por ser el heredero continuador de la personalidad jurídica del causante, se sigue que la obligación de dar cuentas es transmisible á los herederos del mandatario, y el derecho á exigirlas á los del mandante. Excusado es decir que el ser la muerte la primera de las causas extintivas del mandato, nada arguye en contrario, porque una cosa es el mandato en sí mismo y otra el cumplimiento de esta obligación *post facto* transmisible á los herederos.

Puede suceder que el mandante carezca de capacidad para recibir y aprobar las cuentas. Tal es el caso del representante legal de un incapaz que llegara á recobrar la plenitud de sus derechos; éste será quien tenga facultades para ello.

En cuanto á las retenciones que el mandatario haga de los fondos recibidos, bien para reembolsarse de los gastos anticipados, bien para cobrarse sus honorarios, es evidente su derecho, y si fuere acreedor del mandante podrá también compensar sus créditos, si se dieran las condiciones requeridas para la compensación.

Esta es una cuestión de hecho que quedará sometida, si no hubiere acuerdo, á la apreciación de los Tribunales, y sujeta al imperio del derecho común está la prescripción de las acciones para reclamar las cuentas derivadas del mandato.

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo antes y después de la publicación del Código, está de acuerdo en considerar inconcusa la obligación del mandatario de rendir cuentas, no siendo motivo de excepción los vínculos del parentesco ni tampoco que el mandatario hubiere prestado dinero al mandante. Así lo demuestran las sentencias de 27 de Junio de

1865, 2 de Noviembre de 1871, 21 de Abril de 1884 y 26 de Enero de 1889.

También ha declarado la perfecta compatibilidad que existe entre la acción para pedir al mandatario la rendición de cuentas y el abono de daños y perjuicios, puesto que lejos de excluirse hay una coordinación evidente entre ambas.

En cuanto al lugar donde debe verificarse la rendición, la jurisprudencia ha declarado que lo es donde el mandato fué cumplido, así lo establecen las sentencias de 1.° y 28 de Febrero y Mayo de 1894.

En sentencia de 24 de Mayo de 1873 declaró el Tribunal Supremo que si bien el mandatario está en la obligación de dar cuentas de la inversión de lo que recauda con motivo del mandato, esta obligación cesa desde el momento en que el mandatario le releve de ella, doctrina ratificada á *contrario sensu* por la de 13 de Abril de 1887.

También puede el mandante exigir al mandatario el saldo que crea se le deba, con independencia, y aun antes de pedir la rendición de cuentas. (Sentencia de 21 de Noviembre de 1907.)

Como estas sentencias, singularmente la primera, parece implican una categórica y rotunda contradicción con la doctrina que hemos sostenido respecto á la nulidad de semejante estipulación, nos permitimos llamar la atención sobre ellas. Su detenida lectura hace ver que no es tan irreductible como á primera vista aparece la contradicción indicada. En efecto; el Marqués de Villaverde firmó ante tres testigos un documento diciendo que, atendidos los grandes servicios que le había prestado su secretario y la gran confianza que le merecía, si permaneciese en sus casas hasta su fallecimiento, si estuviese por lo que arrojasen los libros que se llevasen en las secretarías de dichas sus casas, sin exigirle otra clase de cuenta, *pues quedaban desde luego aprobadas por el otorgante; así como que se le abonasen de su expresado caudal cualquier resultado que arrojase la cuenta de algún encargo particular que le confiase*. Los herederos del Marqués no

pasaron por esto, y pretendieron que se presentaran otras cuentas. Con arreglo á ese criterio, el mandatario exhibió los libros de la secretaría, y el Tribunal Supremo, en su segundo considerando, al hacerse cargo de la presentación de ellos y relacionándola con el documento transcrito, después de hacer constar que se habían tenido en cuenta los resultados que arrojaban los libros de entradas y salidas de las casas, afirma que es evidente que *cumplió con la obligación de dar cuentas en la forma que había determinado el mandante;* sin que por lo mismo se hubieran infringido las leyes 25, tít. 5.º, Partida 3.ª; la 26, tít. 12 de la misma Partida, y la 30, tít. 11, de la Partida 5.ª, citadas en el primero, tercero y segundo motivo de casación, toda vez que no tenían aplicación al caso.

Por otra parte, el mismo Tribunal, en el cuarto de los considerandos de esta sentencia, calificó el citado escrito, NO *de documento liberatorio del deber de rendir cuentas que tiene todo mandatario, sino de una donación, ya se le considere mortis causa ó inter-vivos.*

No hay, á nuestro juicio, entre la doctrina por nosotros sostenida y la de esta sentencia la fundamental oposición que se desprende de su primer considerando, virtualmente anulado por las manifestaciones del segundo y del cuarto. De ellas se deduce una corroboración de nuestra opinión que profesan también en Francia, Glasson y Despaget; en Bélgica, Laurent, y entre nosotros el Profesor de la Universidad de Barcelona, Sr. Falcón; doctrina que, fundada en la imposibilidad jurídica de ir contra lo que es esencial en las convenciones, sostiene que toda exención de rendición de cuentas constituye una donación, y sólo á título de tal puede producir los efectos apetecidos por el donante.

Precedentes.—El derecho romano, no obstante basar el mandato en la confianza, consignó como obligación del mandatario la dación de cuentas: *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet* (párrafo inicial de la ley 20 del tít. 1.º del libro 17 del Digesto). *Bonae fidei congruit nec de alieno lucrum sentiat* (ley 10, párrafo 3 del mismo título y libro). En nuestro de-

recho patrio pueden estimarse, como precedentes del texto legal vigente, las leyes 26, 27 y 31 del tít. 12 de la Partida 5.ª, porque si bien la primera consigna como obligación del gestor (en el cuasicontrato de gestión de negocios) la rendición de cuentas, con más motivo puede aplicarse al mandatario con relación al mandante. En la segunda, se ordena que: *el que oviese de ver ó de recabdar las cosas de otri es tenudo de dar cuenta ende aquellos que los tienen en guarda o al Señor dellas tornando todo lo que esquilmó*; y en la tercera se prescribe, *otrossi dezimos que este que se trabajase en recabdar cosas agenas, assi como sobre dicho es, que es tenudo de dar cuenta de ellas a aquel cuyas son e de responderle con lo que esquilmare dellas, sacadas las dispensas*, TAMBIEN COMO SI EL MISMO GE LAS OVIESE ENCOMENDADAS. Precedente de carácter más inmediato, si bien de carácter doctrinal, es el art. 1611 del Proyecto de 1851, razonado sobriamente por Goyena, cuando dice de él no ser más que la constancia de una «obligación común é indispensable de todo el que maneja negocios ó administra cosas de otro».

Concordancias.—Concuerdan con la disposición contenida en el art. 1720 de nuestro Código, el 1993 del Código francés, el 1747 del italiano, 1839 del holandés, el art. 3.º del libro 4.º, cap. 9.º del Código de Baviera, 3 del capítulo relativo al mandato en las leyes inglesas, y el 398 del Cóbigo federal de las obligaciones de Suiza, que recoge análogos preceptos de los Códigos cantonales. El 1339 del Código de Portugal, se limita á preceptuar que el mandatario está obligado á dar cuentas exactas de la gestión. El Código de Chile, después de consignar el principio en forma análoga, especifica que las partidas importantes de la cuenta deberán ser documentadas por el mandatario, excepción hecha de haber sido relevado de ello por el mandante. Y en cuanto á la posibilidad de eximirle totalmente de la rendición de cuentas, la admite, pero advirtiendo que esta exención no libra al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante. Claro es que, desde nuestro punto de vista, nos ha de parecer un tanto contradictoria la disposición del ar-

tículo 2155 del Código de Chile. Merece una mención especial un precepto á cuyo tenor las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario aun por fuerza mayor ó caso fortuito, salvo que estén contenidas en cajas ó sacos cerrados y sellados, sobre los cuales recaiga el accidente, ó que por otros medios inequívocos pueda probarse incontestablemente la identidad.

Los demás Códigos americanos establecen, con ligeras variantes, el mismo deber, y los publicados con posterioridad, tales como los de Venezuela y el de Honduras, siguen el texto de nuestro Código en éste como en otros artículos.

ARTÍCULO 1721

El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto:

1.º Cuando no se le dió facultad para nombrarlo.

2.º Cuando se le dió esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz ó insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.

ARTÍCULO 1722

En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto.

Teoría sobre la sustitución en el mandato.—Una vez más los textos legales se apartan de la antigua teoría de ser la amistad y la confianza el único y real fundamento del mandato, primero, al señalar el art. 1994 del Código Napoleón los casos en los que el mandatario responde de la gestión de su sustituto, sin antes haber dicho si tiene ó no facultades para hacerse sustituir, y después, y de un modo más categórico, consignando otros Có-

digos—entre ellos el nuestro—ese derecho del mandatario si el poderdante no lo prohibe, lo que demuestra que no pudo ser el afecto la razón del mandato, porque si así fuera no hubieran autorizado la sustitución. Teniendo la designación de la persona tanta importancia en esta relación jurídica, no puede extrañar la diversidad de teorías sobre si es ó no aceptable la sustitución en el mandato.

Para Pothier (1), no hay posibilidad de decidir en términos absolutos. Claro es que el primero y primordial deber del mandatario, es la ejecución *por sí mismo* del mandato, opinión que suscriben, entre nosotros, Comas, Sánchez Román, Gutiérrez, Falcón y Alcalde y Prieto; mas si por cualquier evento no pudiera realizarlo por sí, ó tendría que renunciar, ó de lo contrario habría de autorizarse la sustitución. De todas suertes, añade dicho autor, ello dependerá de la naturaleza del negocio: si éste exige una cierta prudencia, una cierta habilidad, no se debe presumir que el mandante, fiado en las circunstancias que adornan al apoderado, autorice la sustitución; pero si así no fuera, debe presumirse que el mandatario ha dado poderes para que proceda la sustitución.

Para Cambaceres, no cabía duda de la imposibilidad de sustituirse por otro para ejecutar el mandato, toda vez que la confianza no se divide, es una siempre. A esta opinión se oponen las de Treilhard, Tronchet y Bertier, quienes demostraban la utilidad de semejante facultad en el mandatario, hasta para el mismo mandante. Los redactores del Código Napoleón discordaron también; Tarrible, abundando en el sentir de Cambaceres, decía que la confianza del comitente en el celo é inteligencia del mandatario es el fundamento sobre el cual descansa íntegramente el mandato, y si aquél, sin haber sido expresamente autorizado, coloca á otro en su lugar para ejecutar el encargo, hay cierta defraudación de la confianza merecida, y como una extralimitación del poder que se le ha conferido. Ello no obstante, dice,

(1) Obra citada, núm. 99.

es preciso tolerar esas sustituciones, mas pudiendo el mandante invocar contra el mandatario la responsabilidad de la gestión, que es precisamente lo que nuestro Código dispone.

La razón por la que las legislaciones modernas han autorizado la sustitución, salvo precepto prohibitivo del poderdante, es de conveniencia y utilidad prácticas. Por otra parte, la responsabilidad directa de los mandatarios, es la mayor garantía para los peligros que pueda ofrecer.

Efectos de la sustitución.—Cuatro son las hipótesis indicadas por el art. 1721 á propósito de la sustitución del mandatario:

1.ª Sustitución hecha sin poder para ello del mandante.

2.ª Sustitución autorizada por el mandante, pero sin designar la persona, siendo el nombrado notoriamente incapaz ó insolvente.

3.ª Sustitución autorizada con expresión de la persona; y

4.ª Sustitución realizada contra la expresa prohibición del mandante.

De cada uno de ellos debemos ocuparnos separadamente para la debida claridad.

a) En el primer supuesto, entendemos que la mente del legislador es declarar válida la sustitución, porque si ésta ha sido provechosa al mandante, el mandato se ha ejecutado cumpliéndose así su principal efecto: el que las gestiones ó hechos realizados se consideren como si lo hubieran sido por el propio mandante. Si la gestión no hubiera sido útil, puede dirigir su acción, no sólo contra el mandatario, sino, como indica el art. 1722, contra el mismo sustituto, respondiendo uno ú otro de los daños y perjuicios ocasionados. El mandatario responde en primer término como si él lo hubiera ejecutado.

En la sustitución sin autorización del mandante, lo que se da realmente es un segundo mandato, en el cual, subsistiendo el primitivo, para nada interviene el mandante.

b) En el segundo de los casos citados ó sea cuando el mandante ha autorizado la sustitución, sin designar persona ó dejándolo al arbitrio del mandatario, la responsabilidad de éste

aparece graduada por su prudencia y discreción al elegir. Si el electo es persona de honorabilidad reconocida, que ejecuta el mandato con el mismo celo y previsión que el mandatario lo hubiera hecho, no habrá lugar á exigir responsabilidades de ninguna clase. Mas si el designado fué una persona notoriamente incapaz ó insolvente, la responsabilidad del mandatario está en relación directa con la grave falta cometida, equivalente á un notorio abuso de confianza, pues éste, lejos de *usar*, *abusa torpemente* de una representación que se le concedió y que con sus actos demuestra no haber merecido.

En este caso el mandatario es el primer responsable de la gestión del sustituto, pero el mandante puede dirigirla, *además*, ejercitando el derecho que le confiere el art. 1722, contra el sustituto designado.

c) Distinto de los anteriores es el tercero de los supuestos consignados, pues el mandatario, subrogando su misión en la persona designada por el mandante, deja de ejercer sus funciones representativas, que pasan á ser desempeñadas por el sustituto, siendo esta transferencia más bien obra del mismo mandante que del mandatario. La consecuencia, en orden á la responsabilidad, es la exención total y absoluta de éste. Ni siquiera cabe exigirle la vigilancia sobre los actos del sustituto para dar cuenta de ellos al mandante, ¿cómo puede suceder esto si el hecho de la designación personal implica en el mandante la misma confianza en el sustituto que en el mandatario?

d) La última hipótesis es la de designar sustituto contra la prohibición expresa del mandante. Cuando esto suceda, además de las responsabilidades inherentes al mandatario, por la extralimitación de poder en que ha incurrido con tal designación, es indudable que cuanto el sustituto haga, tiene *ab ovo* el vicio de nulidad.

No es necesario encarecer la importancia del derecho que el art. 1722 concede al mandante, permitiéndole ejercer una acción directa contra el sustituto. Significa esto una excepción á la regla general, porque, según ésta, el poderdante ejercería, al diri-

girse contra el sustituto del mandatario, la acción que á éste correspondía, y en virtud de este precepto ejerce una acción personal y directa, logrando todas las ventajas que de esto se deducen y asegurando sus derechos á la vez que los hace efectivos con la mayor celeridad. Esto, aparte de que el sustituto, como dice Goyena, que por sus hechos y mala gestión ha causado un perjuicio al mandante, no puede, bajo pretexto alguno, resistir su reparación.

En cuanto á las relaciones del mandatario con el sustituto por él libremente designado, nada hemos de decir y nada tampoco apuntan sobre ello los textos legales; pero su silencio está perfectamente justificado, porque sometidas al imperio del derecho común, valdría tanto como repetir las que dejamos expuestas y expondremos más adelante sobre el mandato. Como enseña Marcadet, en caso de sustitución hay dos mandantes, el principal de quien dimana originariamente el mandato, y el mandatario, que es mandante con relación al sustituto.

¿Cuál de ellos ha de figurar en los actos que realice el sustituto? *A priori* no es fácil formular una regla, porque es cuestión que dependerá en todo caso de las condiciones pactadas para la sustitución. Claro es que si el sustituto sabe que su mandante es mandatario de un primer poderdante, á quien realmente pertenecen las cosas ó servicios objeto del mandato, hará ó deberá hacer constar en cuantos actos realice esta representación del primer mandante, á quien, por lo tanto, obligarán los actos del sustituto directamente con los terceros, á no ser que hubiera prohibido éste la sustitución.

La simultaneidad de las acciones que el mandante puede ejercitar contra el mandatario y el sustituto, nos parece evidente, porque el art. 1722 no fija entre ellas prelación ninguna. Esta es también la opinión de los redactores de la *Revista de Derecho Internacional*, al comentar el Código civil. Para ello es censurable la simultaneidad, porque en rigor de derecho no les parece lógica esta doctrina, pues si el mandante no ha tenido relación ninguna con el sustituto, si éste ha sido designado

únicamente por el mandatario, y con el mandatario y no con el mandante se ha entendido, ¿no parece más lógico y natural—dicen—que el mandante dirigiera su acción contra el mandatario y que éste repitiera á su vez contra el sustituto, y sólo pudiera dirigirse el mandante contra el sustituto cuando hubiera apurado sus acciones contra el mandatario y hubiese hecho excusión de los bienes de éste, siendo siempre responsable en primer término el mandatario?

El Tribunal Supremo, entre otras sentencias relativas al mandato, dictó una en 16 de Diciembre de 1897, en la que se fija con notable acierto la doctrina y alcance de los artículos que examinamos. Dice así: «Dada la naturaleza del mandato y los derechos y obligaciones que de él nacen, cuando un mandatario hace uso de las facultades de sustitución que el poderdante le confiere *con ó sin designación de la persona del sustituto, es evidente que, cumplido en esta parte el mandato, se desliga aquél de todas sus relaciones jurídicas con el mandante*, salvo el caso previsto en el núm. 2.° del art. 1721, quedando en su lugar el sustituto, único que desde entonces tiene el carácter de mandatario con relación al poderdante, á diferencia del caso en que el primer mandatario, por sí y no en cumplimiento de su mandato, confiere á un tercero poder para que éste haga lo que aquél sigue obligado á hacer en sus relaciones con la persona que le confirió el mandato.

»Esto supuesto—continúa estableciendo el Tribunal—si bien es evidente que el mandato se acaba, con arreglo al núm. 3.° del art. 1732 del Código civil, por la muerte del mandante ó mandatario, habiendo dejado de ser mandatario, según lo consignado en el anterior considerando, quien hizo abdicación de dicho carácter, nombrando otro, por estar autorizado para ello, á este segundo hay necesidad de referir, en su caso, el precepto de dicho Código, sin que consiguientemente afecte á las relaciones establecidas entre él y el poderdante al fallecimiento del primitivo mandatario.»

Dos transcendentales afirmaciones se deducen de esta doctrina:

a) Que en las sustituciones autorizadas por el mandante, si se llevan á término, producen el efecto de desligar al mandatario de las obligaciones que como tal tiene, limitándose las responsabilidades de éste á las que taxativamente enumera el caso 2.º del art. 1721.

b) Que como consecuencia de esta doctrina, la acción ejercida por el mandante, á que se refiere el art. 1722 en el supuesto anterior, no podrá dirigirse contra el mandatario, sino contra el sustituto en funciones de tal, á consecuencia de la abdicación del primero.

La sentencia de 1.º de Octubre de 1906, declara que el sustituto del apoderado contrae las mismas obligaciones que aquél á quien sustituye, con la consiguiente responsabilidad de éste, á tenor del art. 1721.

Precedentes—Del art. 1721 encontramos en el Derecho romano la ley 21 en su párrafo 3.º, tít. 5.º del libro 3.º, y la 8.ª del tít. 1.º del libro 17, ambos del Digesto: *Mandato tuo negotia mea Lucius Titius gessit, quod is non recte gessit, tu mihi actionem negotiorum gestorum teneris, non in hoc tantum ut actiones tuas præstes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris: ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi prestæs.*

No tiene precedente romano de ninguna clase la disposición contenida en el art. 1722, y no sorprende ciertamente, «porque en el rigorismo sutil de aquel derecho, el mandante no tenía acción directa sino contra el primer mandatario», según se infiere de la ley 1.ª y de la 16 del tít. 3.º, libro 10 del Digesto, y de la 21 del tít. 1.º del libro 17 del mismo cuerpo legal.

En el derecho patrio no se encuentra, según Goyena, precedente de estos artículos; pero nosotros estimamos que la sustitución está plenamente autorizada en la ley 19 del tít. 5.º de la Partida 3.ª Es tan claro que no vacilamos en transcribirlo para que se advierta la razón de aducirlo como precedente: «E otrossi dezimos que el Personero non puede poner otro en su lugar en aquel pleito mismo sobre que el fué dado si primeramente non lo ouiesse comenzado por demanda ó por respuesta. Pero si le

fuesse otorgado tal poderío en la carta de personería, estonce lo podria facer antes é despues. E esto ha lugar en los Personeros que son dados para seguir los pleitos en juyzio. Mas los otros que son fechos para recabdar ó fazer otras cosas fuera de juyzio, estos atales, bien pueden dar otros Personeros en su logar, cada que quisieren e valdrá lo que fuere fecho con ellos, tambien como si lo fiziessen con aquellos que los pusieron en su logar. Pero si estos fiziessen alguna cosa á daño del señor, estonce los primeros Personeros que los cogieron e los pusieron en sus logares son tenudos de se parar á ello.» Como se ve, está indicada la facultad de la sustitución y la responsabilidad que de la gestión de los sustitutos tienen los mandatarios que los nombran.

Igual disposición que los artículos 1721 y 1722 del Código vigente, establecieron los 1612 y 1613 del Proyecto de 1851, copiados á la letra en el Proyecto de 1882.

Concordancias.—El Código francés comprende en el art. 1994 los dos distintos preceptos contenidos en los artículos del nuestro. Diferéncianse, además, en no contener una declaración explícita de la facultad ó derecho para sustituir, porque su contenido responde á definir las responsabilidades del mandatario cuando delega la gestión, coincidiendo desde ahí ambos Códigos. Copia literal del francés es el art. 1748 del Código italiano. El portugués preceptúa, en su art. 1342, ser necesaria la autorización del mandante para que pueda el mandatario delegar en un tercero, de cuya gestión responderá si se le autorizó para nombrarlo, y en el 1343 establece que el sustituto tiene para con el comitente los mismos deberes que el sustituído.

En el Código holandés (art 1840) se presume siempre que el mandante dió poder para sustituir en la administración de los bienes sitos fuera del Reino. En cambio, la legislación inglesa, con criterio diametralmente opuesto á todas las demás, establece la imposibilidad de que el mandatario delegue sus poderes, porque siendo la confianza base del contrato, no es transmisible; de ahí que el mandante no esté obligado por los actos

del sustituto nombrado sin su aquiescencia, y que el sustituto nunca responda sino al mandatario que lo nombró. El Código austriaco, en su art. 1010, prohibe la sustitución hecha voluntariamente por el mandatario. Si la lleva á efecto, es responsable de la gestión, y si se le autoriza para nombrar, responde sólo de la elección. El Código prusiano (art. 37, tít. 13, parte 1.ª), y el bávaro (5.º, cap. 9.º, libro 4.º), autorizan la sustitución cuando el negocio es de poca entidad ó no ha sido confiado en razón á los talentos especiales del mandatario.

El Código federal suizo de las obligaciones, recogiendo el espíritu de los Códigos cantonales, sigue la tradición francesa, y copia de la misma, con ligeras variantes en la redacción; entre los Códigos de las Repúblicas sudamericanas, son el 2978 del Código de la Luisiana y el 2005 del de Bolivia. En el Código chileno nada se estatuye sobre esta materia, sin duda por la costumbre reinante en el país de nombrarse más de un mandatario, y á este propósito establece (art 2127) que si el mandante no ha dividido la gestión, podrán dividirla entre sí los mandatarios, pero si se les ha prohibido obrar separadamente, lo que hicieron de este modo será nulo.

El Código de Venezuela refunde en uno, con leves modificaciones, nuestros dos arts. 1721 y 1722, en el 1653, y el mismo criterio es el del Código hondureño.

ARTÍCULO 1723

La responsabilidad de dos ó más mandatarios, aunque hayan sido instituídos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así.

La realidad enseña la conveniencia de instituir dos ó más mandatarios, ora por la complejidad del negocio, ora para evitar nuevos poderes ó por cualquier otra razón, y por ello los Códigos tuvieron necesidad de determinar la clase de responsabilidad, que en tal supuesto alcanza á cada uno de los mandatarios,

siendo unánime la doctrina legal establecida por ellos al declarar que no es solidaria si no se pacta de un modo expreso.

La doctrina establecida se ajusta exactamente al principio general formulado en el Código, respecto á la solidaridad, en el art. 1137. Podría, por consiguiente, estimarse como una redundancia del legislador la repetición para un caso particular, del precepto que consagra un criterio de antemano establecido, bastando el silencio para entender que, á las obligaciones derivadas del mandato, se aplicaba la regla de aquel artículo. Mas esta repetición en beneficio de la claridad no merece censura, y es bien que el Código preceptúe que la simultaneidad en la constitución de los deberes inherentes á los mandatarios no implica la solidaridad.

Esta implicaría entre ellos un aumento de sus responsabilidades individuales al acrecerse con las ajenas, y para contraerlas en grado tan excesivo y anormal, hace falta la consignación del consentimiento de un modo expreso y terminante. Desde el punto de vista histórico rompe el legislador con las tradiciones romanas; pero ello es un corolario de la divergencia fundamental que existe entre el antiguo y el nuevo derecho, porque es sabido que en el justinianeo, como una consecuencia de la forma á que se ajustaban las promesas cuando dos ó más personas constituían conjuntamente una misma obligación, se entendía que la contraían solidariamente, siendo menester, para reputar la mancomunidad, pacto expreso estatuyéndola, criterio, como se ve, totalmente contrario al desenvuelto en el artículo 1137 y ratificado en el 1723, objeto de este comentario. Goyena cree que, por derecho romano, la responsabilidad de varios mandatarios instituídos juntamente era mancomunada. Nosotros creemos que la ley en que se funda para opinar así fué derogada por la novela 99.

En el contrato de mandato, la mancomunidad se explica, no sólo por la aplicación de los principios generales, sino también porque las obligaciones de los mandatarios, como decía Tarrible, derivan de un servicio oficioso, y es justo encerrarlas en sus

naturales límites. ¿Cuándo sobreviene esta responsabilidad? En el mandato que, por oposición al individual, llamaremos colectivo surje por las mismas causas que en los demás, ó sea por inejecución del mandato, ó por realización defectuosa, ó por haber traspasado los límites del poder.

Síguese de aquí que la mayor ó menor dificultad para graduar la individual responsabilidad dependerá:

a) De la forma más ó menos explícita con que en el mandato se asigna á cada uno de los mandatarios su propia función.

b) En el caso de que el mandato no contuviera esta especificación funcional, deberá estarse á lo que los mandatarios hubieran convenido entre sí para cumplir el encargo recibido.

c) Si no hubiere pactos entre los mandatarios, se deducirá la responsabilidad por los actos de cada uno.

Declara el texto legal que la responsabilidad no es solidaria si no se ha expresado así; pero ¿quiere esto decir que sea menester para reputar solidaria la obligación contraída por los mandatarios, emplear la palabra *solidaria*? Como decíamos al comentar el expresado artículo, bastará consignar que cualquiera de los mandatarios se obliga á cumplir por sí el mandato en su integridad ó que se obligan á su ejecución todos y cada uno para reputar establecida la solidaridad, aun cuando no se emplee tal palabra de un modo expreso y no tácito como quiere la ley.

La jurisprudencia francesa ha ido mas allá todavía, juzgando la existencia de la solidaridad tan sólo por la intención en las partes de establecerla (1), y aplicando la solidaridad en las faltas y en los cuasidelitos dice: «los autores de un hecho que da motivo á la indemnización, están obligados solidariamente á reparar el perjuicio que han causado con su falta, á la que concurrieron simultáneamente, pues en este caso cada uno de los autores del cuasidelito debe ser considerado como autor individual del daño».

---

(1) Véase Dalloz, *Mandat*, núm. 456-1.°

Como dice Laurent, la alteza moral de esta doctrina nada tiene que ver con el texto legal, para el cual es precisa siempre la constitución expresa de la solidaridad.

A nuestro juicio, cuando la solidaridad sea exigible, fuera de las convenciones estipuladas, no es porque esta se presuma constituída por los mandatarios, sino porque habrá nacido del delito ó del cuasidelito. Admitirla por las faltas convencionales de los mandatarios, no habiéndola impuesto el mandante, es dar una interpretación extensiva que no autoriza la ley y que nada tiene que ver con el carácter solidario de las obligaciones penales, según lo establecido en el Código de 1870.

Tampoco puede por la misma razón inferirse el carácter solidario de las obligaciones de los mandatarios, basándose en meras presunciones originadas en los actos de los obligados. No ignoramos que la jurisprudencia anterior al Código—si bien no refiriéndose expresamente al mandato—admitió la solidaridad basada en meras presunciones (Sentencia de 30 de Enero de 1864); pero téngase en cuenta que la jurisprudencia, que es interpretación de la ley, ha de cambiar cuando ésta cambia, y además el ser la ley—interpretada en la aludida sentencia—favorable por la amplitud de su precepto á semejante exégesis que no consienten, á nuestro modo de ver, los términos restrictos del art. 1723 en armonía con el 1137.

Establecida la solidaridad, no declara la ley cuáles sean sus efectos en el contrato de mandato. Implica este silencio el imperio del derecho común, pero de su aplicación estricta ha surgido, formulada por los tratadistas, la cuestión de si la responsabilidad será exigible totalmente á cada uno de los mandatarios. Mientras jurisconsultos, como Aubry y Rau, no vacilan en sostener la opinión afirmativa, Pont niega que el hecho de uno pueda motivar la responsabilidad de todos.

En el caso de extralimitación de poderes, nos parece inconcusa la doctrina de Aubry, amparada también por Laurent, de que obligándose los mandatarios á la realización del mandato, no puede deducirse la responsabilidad *in solidum* para un hecho al

que evidentemente no puede referirse la obligación contraída, tanto más, si se considera que el mandatario que traspasa los límites del poder, no obra como tal mandatario. La prueba es que en los actos ejecutados fuera del mandato, el mandante no contrae obligación ninguna con relación al tercero con quien se contrata: esos actos son nulos, y siendo así, ¿qué posibilidad, ni remota siquiera, existe para exigir *in solidum* la responsabilidad? Ninguna, ciertamente.

En cuanto á la jurisprudencia relativa á este artículo sólo encontramos una sentencia que haga mención de él, la de 10 de Mayo de 1897, mas para declarar que la infracción de dicho precepto, como de todos los demás referentes al mandato, no eran aplicables, porque en el caso de autos no constaba de los hechos que el Tribunal sentenciador declaró probados que se hubiera realizado el contrato de mandato expreso ni tácitamente. Es también interesante la Resolución de la Dirección de los Registros fecha 6 de Diciembre de 1900.

Precedentes.—Dentro del Derecho romano cítase á título de tal la ley 60, § 2.°, título 1.° del libro 17 del Digesto, que establecía la mancomunidad; pero quienes así lo sostienen olvidan que esa misma ley, como demuestra su texto, prevenía la excusión previa en los bienes del mandatario que mayor parte hubiera tomado en la ejecución del mandato. Es decir, que tuviera éste ó no la íntegra responsabilidad, á los efectos de la indemnización al mandante, del incumplimiento de las obligaciones contraídas respondía por todos. Pero hay más aún; aceptando el supuesto de algunos romanistas, tal disposición está implícitamente derogada por la Novela 99, expresiva del espíritu que en este punto inspiró al Derecho romano á consignar como principio la solidaridad, y como excepción á estipular ó pactar expresamente por las partes el principio contrario, la mancomunidad.

En el Derecho patrio, no obstante la cuidadosa revisión de las leyes de Partida y de las que integran el título 10 del libro 1.° del Fuero Real, no encontramos ninguna que pueda es-

timarse como precedente del artículo 1723. En nuestra historia jurídica, ni siquiera el art. 1614 del Proyecto de 1851 puede estimarse como origen de dicho precepto, porque precisamente basándose en el art. 1058 estableció, para ser consecuente con la doctrina en él consignada, que la responsabilidad de dos ó más mandatarios, aunque hayan sido constituídos simultáneamente, *no es mancomunada*, si no se ha expresado así, disposición, como se ve, contraria á la del texto vigente, según el cual, la responsabilidad que requiere pacto expreso es la solidaria, y la que en su defecto se presume es la mancomunada. En el Proyecto de 1882 es donde encontramos el antecedente más inmediato de la disposición comentada.

Códigos extranjeros — La generalidad de los Códigos modernos aceptan el principio de la mancomunidad para determinar la responsabilidad en el caso de ser varios los mandatarios, requiriendo el pacto expreso, el común consentimiento de éstos y del mandante, para que exista la *in solidum*. Así lo establecen: el art. 1995 del Código francés y 1749 del italiano. El 1341 del Código de Portugal modifica ligeramente la redacción, estableciendo que cada mandatario responde de sus actos, salvo estipulación en contrario; y en caso de incumplimiento, la responsabilidad se reparte á prorrata. El Código holandés copia al francés en su art. 1841. También le siguen los Códigos de los cantones suizos (Vaud, Valais, Neuchatel, Tessino y Friburgo), recogiendo la misma doctrina el federal de obligaciones, en su art. 399. De los Códigos americanos, siguen al francés el de la Luisiana (art. 2963) y el de Bolivia (art. 2006) casi á la letra, y los demás con levísimas modificaciones, más de forma que de concepto. Los de Veuezuela y Honduras, en sus artículos 1655 y 1710, respectivamente, son iguales al texto nuestro.

ARTICULO 1724

El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó á usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituído en mora.

Se continúa detallando en este artículo las obligaciones del mandatario, y la materia de que trata guarda íntima conexión con la relativa á la rendición de cuentas. Sin embargo, en realidad son, como advierte Laurent, cosas distintas el interés del dinero que perteneciendo al mandante aprovechó para usos propios el mandatario, y el que debe por los saldos de su cuenta, singularmente desde que se constituyó en mora. Y son tan distintos los conceptos jurídicos que rigen unos y otros hechos, puesto que en el primer caso puede darse lugar á una acción criminal, que el Código ha tratado con separación de ellos.

El mandatario que recibe una cantidad para el mandante, y en lugar de enviarla la retiene en su poder, y la emplea en la satisfacción de necesidades propias, sin estar para ello debidamente autorizado, realiza un verdadero abuso de confianza, ó, como diría nuestra ley de Partida, un *enriquecimiento torticero.* La justificación del precepto legal, al disponer que debe el mandatario por ello intereses de ese capital, es, pues, evidente, siendo lo menos que la ley civil podía exigir, porque al satisfacerlos el mandatario *compensa* al mandante de los intereses que no percibió de su capital, por no habérselo él entregado. Entiéndase bien que tales intereses se deben á título de *compensación*, para no confundirlos con los intereses de demora.

Establece el artículo que el plazo para computar estos intereses se contará desde el día en que el mandatario hizo esa aplicación. Ahora bien: como el mandante es quien debe reclamar esos intereses, á él le incumbe la prueba del empleo y la época en que lo verificó el mandatario. Las dificultades inherentes á esta clase de prueba serían extremadas, si el poderdante hubie-

ra de probar concretamente los asuntos propios en los que su apoderado empleó el dinero que le debía entregar; pero entendemos no ser éste el sentido del artículo, sino simplemente que se acredite el empleo en cosas propias del representante.

Si á esto opusiera el mandatario la devolución hecha, y el haber tenido la cantidad en depósito hasta encontrar ocasión propicia para remitirla, tendrá que probarlo plenamente. Lo que el legislador ha querido, es distinguir los casos del mandatario infiel (al que castiga imponiéndole el pago de esos intereses de compensación, además de la consiguiente reparación en su caso), del mandatario negligente, que deberá sólo la indemnización de los perjuicios que al mandante causó su negligencia. La diferencia se resume diciendo: el mandatario negligente indemniza el perjuicio, si lo hay; el mandatario que aplica á usos propios cantidades del mandante viola el contrato, y debe por ello los intereses de compensación y la indemnización de los daños y perjuicios.

El segundo caso á que alude el artículo 1724, es el del mandatario que, rendida y aun aprobada la cuenta, queda alcanzado, ó, por mejor decir, deudor al poderdante. El Código dice que deberá los intereses desde que se haya constituído en mora. Ahora bien; ¿será necesaria siempre para ello la intimación del pago hecha por el mandante? La respuesta negativa nos parece evidente; porque la mora existirá para el mandatario, por prescripción terminante de este artículo, coordinado con lo dispuesto en el párrafo 2.º del 1100, sin ser necesaria intimación semejante: 1.º, cuando la obligación ó la ley lo declaren así expresamente; y 2.º, cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse ó hacerse la cosa ó el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación. Y claro es, si por ministerio de la ley (artículo 1720) el mandatario debe abonar al mandante cuanto ha recibido por razón del mandato, no parece que debe ofrecer duda la solución apuntada.

Según Laurent, para quedar constituído en mora el manda-

tario, es preciso un requerimiento, bien sea judicial ó extrajudicial, bastando á este efecto un simple escrito en que el mandatario reconociera el saldo debido al mandante. En derecho comercial, basta el simple reconocimiento de la mora en la correspondencia, para quedar constituído en ese estado jurídico. Por lo que al mandato toca, nada impide á las partes consignar en el contrato la condición de quedar constituído en mora el mandatario si al vencimiento del plazo para entregar el saldo de las cuentas, no lo entrega. En tales supuestos, dice el exclarecido maestro, impera el derecho común. Efectivamente así es desde el punto de vista del Derecho francés, cuyo Código, en su artículo 1139, no contiene las prescripciones del segundo párrafo de nuestro art. 1100.

En resumen: el mandatario, en el primer caso del artículo, debe los intereses á título de compensación, y además la indemnización de los perjuicios á que pueda dar lugar la mala aplicación de cantidades que debió entregar, y no entregó á su tiempo al mandante. En el segundo supuesto, el mandatario queda constituído en mora, por no entregar en tiempo hábil el saldo de la cuenta á favor del mandante, y debe, por consiguiente, el interés legal.

La disposición contenida en el artículo 1724 ha sido objeto de una amplia interpretación por el Tribunal Supremo, aplicando las mismas doctrinas que sirven de base al presente comentario, al declarar que puede ser motivo para calificar de fraudulenta una quiebra, el hecho de que un comerciante disponga de valores ajenos, que ha recibido con el encargo de canjearlos, y en vez de esto, los pignoró para cubrir atenciones propias, suponiendo operaciones de compra no realizadas. Es decir, que no sólo debía los intereses á que el art. 1724 se refiere, sino que los mandantes pudieron ejercitar con pleno derecho las acciones derivadas de esa calificación. (Sentencia de 24 de Abril de 1901.)

Por lo que atañe á la constitución en mora, ha declarado el Tribunal Supremo que si bien el mandatario está obligado á dar

cuenta de su gestión una vez terminado el mandato, no incurre en mora hasta que se le exija el cumplimiento de esa obligación. (Sentencia de 9 de Octubre de 1895.)

Precedentes.—En el Derecho romano lo es la famosa ley del Digesto que comienza; «Si procuratur meus pecuniam meam habeat ex mora utique usuras mihi pendet ... Quod si non exi-remt pecuniam se ad usus suos convertit in usuras convenitur que legitimo modo in regionibus frecuentantur. Deusque Papinianus ait etiam si usuras exegerit procuratur et in usus suos convertit usuras eum prestaret debere.»

En el Derecho patrio, la ley 5.ª del título 4.º, libro 5.º del Fuero Juzgo, contiene una disposición que guarda analogía con la comentada.

Concordancias.—Concuerda este artículo con el 1996 del Código Napoleón, con el 1750 del Código italiano, 1842 del holandés. El Código de Portugal contiene precepto parecido, al disponer que si el mandatario distrae en provecho suyo dinero del comitente, responderá de los intereses desde que se constituyó en mora, si ese dinero no se le adeudase por otro título. Siguen también al Código francés los Códigos de los Cantones suizos (1477, Cantón de Vaud, artículo 1654 del Código del Cantón de Valais; 1616 del de Neuchatel, y 1919 del de Friburgo, y también, en su artículo 402, el Código federal de las obligaciones).

De los Códigos americanos, copian al Código francés el de la Luisiana en su artículo 2084, y el de Bolivia en el 2007, y con leves modificaciones, que afectan más á la redacción que al concepto legal, los otros Códigos. El de Venezuela y el de Honduras, en sus respectivos artículos 1658 y 1645, siguen al pie de la letra el texto de nuestro Código.

ARTÍCULO 1725

El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente á la parte con quien contrata sino cuando se obliga á ello expresamente ó tras-

pasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

En los artículos anteriores ha determinado el Código las obligaciones del mandatario, y por ende sus responsabilidades, con relación al mandante, y en éste especifica los casos en los que es responsable ante el tercero con quien contrata. La enunciación sola del contenido basta para demostrar la importancia del precepto legal.

De ordinario, los apoderados no contraen obligación ninguna con aquellas personas con quienes contratan, si obran dentro de los límites de sus poderes. La cualidad de representantes les exime de toda responsabilidad contractual, la cual es propia y exclusiva de sus representados: las acciones de los terceros no van contra ellos, van directamente á los poderdantes. Ese es el principal efecto de la representación; obligar al mandante, cual si personalmente hubiera contratado. Implícitamente, éste es el primer supuesto del art. 1725, corroborado por la esencia propia del mandato (art. 1709), y por lo que constituye el principal deber del mandante (art. 1727). Por esto el legislador reserva el principio general de las obligaciones con relación á los terceros, á las que son propias del representado. Mas puede ocurrir, y de hecho ocurre, que el mandatario resulte obligado á la parte que con él contrate. ¿Cuándo sucederá esto? Los supuestos legales son dos:

a) Que el mandatario contrate en su nombre personal.

b) Que excediéndose de los límites de sus poderes contrate como tal mandatario, sin dar conocimiento á la parte de los términos de su mandato y de las facultades que en su virtud le están conferidas. De uno y otro caso hemos tenido ocasión de ocuparnos al comentar el artículo 1717. Ahora vamos á hacerlo de nuevo, ampliando las ideas allí apuntadas:

a) En la hipótesis primera, el mandatario puede resultar obligado con el tercero, cuando teniendo éste mayor confianza en él que en su representado, crea la relación contractual á condi-

ción de que la garantice, bien de un modo subsidiario, bien directamente, obligándose de un modo personal, sin perjuicio de su derecho á repetir (el mandatario) contra el mandante. Aquí resulta obligado con el tercero, no porque haya traspasado los límites del poder, ó porque sin traspasarlos hubiere hecho el contrato sin dar conocimiento á la parte de su calidad de mandatario. La obligación que con ello contrae es puramente voluntaria, y por su propia libertad queda obligado, desligando jurídicamente al mandante de su relación con el tercero. Claro es, y descontado está, que esa obligación subsidiaria de cumplir la convención pactada á nombre del mandante cuando éste no la cumpla, no se refiere á la garantía que supone la existencia del mandato. Si hay autor que estima esto como una obligación personal que el mandatario contrae con los terceros en cuantas relaciones crea á nombre del mandante, está equivocado, porque eso es condición inherente; y si alguien obrara y creara vínculos jurídicos, á título de mandatario, sin serlo, antes que faltar á una obligación convencional, lo que haría sería cometer un delito.

Resultará también obligado el mandatario personalmente con el tercetro, cuando sin traspasar los límites del mandato no le dé conocimiento de su condición de apoderado. La razón es sencilla; la omisión voluntaria ó involuntaria no puede perjudicar á la parte que ha entendido contratar con él, y, por tanto, las acciones que de ello se deriven á su favor, las ejercitará, no contra el mandante, con quien no contrató, sino contra el mandatario.

b) El segundo supuesto del art. 1725, es el de que el mandatario haya contratado excediéndose de sus poderes, y sin dar conocimiento á la parte de las facltades que por ellos le están conferidas.

El análisis distingue en esta hipótesis dos casos diversos, el del mandatario que contrata excediéndose de su poder, sin dar conocimiento al tercero de sus poderes, y el de aquel que contrata previo conocimiento del poder por éste. Las consecuencias son completamente distintas.

En el primero, resultará obligado personalmente, porque realmente obra sin poderes, y, por tanto, quienes con él contraten carecen de acción para obligar al mandante, si éste no lo ratifica á tenor del párrafo 2.º del art. 1727; y de no darles acción contra el mandatario, qudarían completamente burlados. La responsabilidad de éste estriba en quedar obligado personalmente; y si pretendiera eludirla, caería en otra mayor y más grave, en el dolo.

Si el mandatario dió conocimiento de sus poderes, aunque la obligación contraída exceda de los límites del poder, ni poderdante ni apoderado estarán sujetos á su cumplimiento; el primero, en virtud de lo dispuesto en el art. 1727, y el segundo, porque obró de buena fe al dar conocimiento de sus poderes; y si no obstante su deficiencia el tercero contrata, será suya por entero la responsabilidad, y á él mismo habrá de imputarse las consecuencias de sus actos (1).

Intímamente relacionada con esta cuestión está la que en el orden procesal se presenta al considerar quién estará obligado á probar el hecho del conocimiento del poder por el tercero. ¿Es éste quien deberá acreditar que el mandatario no le dió conocimiento del poder, ó es el segundo quien habrá de probar que confirió ese conocimiento?

Con arreglo á los principios, la prueba incumbe al demandante; mas con Delvincourt creemos será siempre obligación y cargo del tercero; porque ¿á quién sino á éste le interesa la demostración del hecho?

Así sucederá siempre; porque en el orden lógico, el tercero reclamará del mandante la ejecución de las obligaciones derivadas á su favor en virtud del contrato, convirtiéndose en actor, y de oponerse á la demanda el mandante, alegando la excepción de no estar obligado porque el acto realizado excedía de las facultades concedidas al mandatario, no tendrá más remedio aquél

---

(1) *Scienti et volenti non fit injudia, 145. De regulis juris,* y ley 25, tit. 34, Partida 7.ª

que probar en el amplio sentido procesal de la palabra el hecho fundamental en que descansa su acción.

Además, siempre se consideró como una necesidad de la contratación celebrada por mandatario ver si éste tiene ó no capacidad como tal para realizar el acto jurídico que sea objeto de ella, esto es, si los poderes son ó no *bastantes*, y es evidente que en el caso supuesto en último término por el art. 1725, es cuando el tercero tiene un mayor interés en hacer efectiva la responsabilidad del mandatario, porque no puede ignorar que si así no sucede, no habiendo ratificado el mandante lo hecho por aquél, no tendría contra quién dirigirse. Autores hay que sostienen corresponde al mandatario la demostración de haber dado conocimiento del poder al tercero, porque éste debe suponer, y supone, con razón, la suficiente personalidad en el mandatario para realizar el acto jurídico de que se trate, tanto más si se considera—dicen—cuán injusto sería imputar al tercero una falta que es del mandatario. Dalloz trae un caso en que los Tribunales franceses establecieron la prueba á cargo del mandatario.

En el sentido indicado por el texto legal ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Mayo de 1897, que los mandatarios para comprar una finca no son responsables á los vendedores cuando han obrado en concepto de tales, y que cuando esto se desconoce se infringe, entre otros, el artículo 1725 del Código civil.

También es interesante, porque demuestra el sentido que debe darse al mencionado artículo cuando se trata de la aceptación de una letra por la persona indicada, en defecto del librado, la sentencia de 13 de Junio de 1894, evidenciando la distinta condición de aquélla, comparada con el mandatario civil, doctrina ratificada en la de 13 de Junio de 1896.

No lo es menos, por referirse al *bastanteo* de poderes, la de 4 de Febrero de 1904.

Precedentes.—En el sentido estricto, carece de precedentes esta disposición; mas repetimos lo que á este mismo propósito indicamos al comentar el artículo 1717, de no ser una doctrina

exótica y completamente nueva la establecida en este artículo, inspirado en principios de equidad; y claro es que al afirmar esta carencia de precedentes, nos referimos al antiguo derecho patrio. Modernamente, ya el Proyecto de Código de 1851 estableció que «el mandatario que obra bajo este concepto no es responsable á la otra parte sino cuando se obliga expresamente á ello ó traspasa los límites del mandato, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

Concordancias. —El art. 1997 del Código francés contiene precepto semejante al establecer que el mandatario que ha dado á la parte con quien ha contratado en aquel concepto suficiente conocimiento de sus poderes, no responde en manera alguna de lo que ha hecho al excederse de ellos, salvo el caso de que se hubiera obligado personalmente; texto que ha sido copiado literalmente por el art. 1751 del Código italiano. Guarda alguna analogía con estos preceptos, si bien limitada á la consignación de la responsabilidad del mandatario cuando se excede del poder, lo mismo con relación á su comitente, como al tercero con quien contrata, el art. 1338 del Código portugués.

Semejanza mayor con nuestro texto legal guardan el artículo 1843 del Código de Holanda y el 1479 del Cantón de Vaud, y siguen la redacción del Código francés, el 403 del Código federal suizo de las obligaciones. El art. 7.º, cap. 9.º, libro 4.º del Código bávaro agrega que el tercero no puede obrar contra el mandatario sino mientras persiste el mandato.

Entre los Códigos americanos, el de Chile (art. 2154) establece por este orden las responsabilidades del mandatario: si excedió los límites del poder, sólo con relación al mandante, y si dió conocimiento del mismo ó se obligó personalmente, entonces lo será con relación á los terceros. Casi todos los demás Códigos siguen este texto, guardando mayores analogías con el nuestro el de Venezuela (art. 1656) y el de Honduras.

ARTÍCULO 1726

El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más ó menos rigor por los tribunales según que el mandato haya sido ó no retribuído.

Que el mandatario sea responsable del dolo, principio es fundado en la más estricta justicia, y cuya razonada imposición no puede ofrecer, por lo que toca al examen exegético del artículo en este punto, duda de ninguna especie, y no ha menester de razonamientos ni comentarios. Más detenidos los merece la responsabilidad de la culpa, y no ciertamente porque se dude de la excelencia del principio, sino por la necesidad de aclarar cuál sea la exigida por la ley en cada uno de los dos supuestos que formula.

En nuestro Código civil, como en la generalidad de los modernos, se da á la culpa aquel mismo carácter que tenía en la jurisprudencia romana, ó sea la falta de diligencia, deduciéndose esta regla en la contratación de una presunción de la voluntad, á cuyo tenor «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería á un buen padre de familia» (art. 1104): norma ésta clarísima, sobre todo cuando se profundiza, como dice Chironi (1), en el desenvolvimiento que en ella va implícito, y se considera, además, que cada uno de los contratantes se estimará perfectamente pagado si la obligación contraída á su favor fuese cumplida con la diligencia habitual en un buen padre de familia; tipo que será todo lo abstracto que se quiera, pero, como indica el mismo autor, está tomado con oportunidad, para significar con él al hombre avisado y prudente en la dirección de los propios nogocios. «El tipo del buen padre, dice, es concepción

(1) G. P. Chironi, *La culpa en el Derecho civil moderno.—Culpa contractual;* traducción de A. Posada. (De la *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros.*—Madrid, Hijos de Reus, editores, 1898.)

general... Así, para poderse dar cuenta de tal figura, es necesario pensar desde luego en las condiciones de las partes, en la naturaleza de la prestación, para inducir la conducta que en la ejecución de los hechos que caen en la relación de obligación hubiera tenido una persona que al ejecutarlos procediese con la sabiduría y prudencia ordinariamente necesaria para alcanzar un buen éxito. El concepto del *bonus pater familias*, es una de las más hermosas concepciones, y tiene, por su mucha y exacta naturaleza abstracta, tanta elasticidad, que muy bien puede adaptarse á cualesquiera de las condiciones de las partes, en lo tocante á la prestación implícita en la relación. No hay relación á la cual no se adapte, ni, salvo las palabras, hay diversidad de substancia entre la precisa concepción y la fórmula que se quisiera sugerir de «bueno y prudente administrador» (1).

De las excepciones á la regla, derivadas unas de la voluntad real y expresa de las partes, y otras de la voluntad presunta por la ley, sólo tienen lugar en el contrato de mandato las primeras, porque mandante y mandatario son libres de estipular otras sanciones mayores, y cuando no lo hagan, se impone la regla general; esto es, el mandatario responde, además del dolo, de la culpa, ó sea la omisión de la diligencia del buen padre de familia en la ejecución del mandato. Ahora bien, ¿qué clase de culpa será la que deba prestar? No parece dudoso sea la culpa leve en abstracto; y al decir esto, seguimos la opinión de Chironi, expuesta en la obra citada.

Para que haya lugar á la responsabilidad, y por tanto á la prestación de la culpa, precisa ante todo que ésta sea imputable al mandatario. Infiérese de aquí la gran importancia que tienen las circunstancias de hecho para aplicarlas en cada caso.

Intentaremos, sin embargo, una clasificación.

Será imputable la culpa al mandatario:

a) Cuando no ejecute la comisión conferida con la debida oportunidad.

---

(1) Chironi, obra citada, páginas 71 y 72, en las notas.

b) Cuando no ejecute el mandato conforme á las instrucciones del mandante.

c) Por no usar de las facultades que le han sido conferidas.

d) Por excederse de ellas.

En todos estos supuestos hay en el mandatario un error de juicio que puede ser valuado por el criterio de la diligencia de un buen padre de familia, porque esa diligencia aconsejaba al mandatario á obrar conforme á las instrucciones recibidas, realizar el encargo en las mejores circunstancias de lugar y de tiempo, y pedir aclaraciones de los términos del mandato si los encontraba oscuros ó deficientes; y aun los supuestos del aprovechamiento para necesidades propias de los fondos recibidos por razón del mandato ó de haber incurrido en mora el mandatario, pueden ser medidos también con aquel criterio, siquiera la gravedad sea mayor por la preexistencia de la culpa.

Dice la ley que los tribunales distinguirán, para apreciar la extensión de la culpa, si el mandato fué ó no remunerado. Esta prescripción legal hállase basada en la equidad. En el primer caso, la culpa exigible al mandatario será la culpa leve en abstracto; en el segundo, el grado menos riguroso es la en concreto, aplicada siempre al depósito, con el cual—á estos efectos—se ha querido equiparar por algunos el mandato gratuito, olvidando que en el depósito sólo se ofrece el lugar donde la cosa se custodia, y en el mandato hay siempre, por parte del mandatario, una obra personal y positiva; mas precisamente á causa de la distinción real entre ambas figuras jurídicas, es por lo que si en el mandato remunerado se aprecia la culpa en abstracto, en el gratuito ha de aplicarse por ministerio de la misma ley la culpa *in concreto*.

Esta es también la opinión de Laurent, quien dice que las cuestiones relacionadas con la apreciación de la culpa, serán siempre cuestiones de hecho más que de derecho, y que la antigua especificación de la culpa no tenía ningún valor práctico, valiendo más la regla fijada en los modernos Códigos de dejar el fallo á la apreciación soberana del juez.

En el mandato mercantil, en cambio, habrá de aplicarse siempre en su grado máximo, porque jamás se reputa gratuito, presumiéndose siempre retribuído.

Cuando se trate de sustitución, autorizada ó no, la culpa del mandatario será la culpa *in eligendo.*

Casi todos los autores llenan numerosas páginas de sus obras con ejemplos para demostrar los casos en que se estimó ó no la existencia de la culpa en los mandatarios; inejecución del mandato por fuerza mayor, resuelto por la Casación francesa en sentido favorable al mandatario; envío de valores por el correo, sin certificar; entrega de valores recibidos sin exigir recibo ó resguardo de los mismos, etc., etc. Mas todos estos ejemplos, tomados de la jurisprudencia francesa y belga por Laurent, lo mismo que los de la italiana por Chironi, vienen á justificar plenamente que la declaración de la imputabilidad de la culpa se ofrece motivada por las circunstancias de los hechos, de conformidad con lo que hemos indicado, y los citados, como otros tantos que pudieran aducirse, caben perfectamente en alguno de los grupos en que se divide la clasificación adoptada.

No ofrece nuestra jurisprudencia materia tan abundante para esclarecer por sus resoluciones la doctrina consagrada por el artículo que examinamos. En la anterior al Código hay, sí, un caso interesante y curioso, el del mandatario á quien se confiere un encargo para un tercero, y lo dejó olvidado, sin tomar para su custodia ningún linaje de precauciones, en un carruaje. El Tribunal Supremo, por su sentencia de 2 de Julio de 1875, le declaró responsable del daño causado por su negligencia; doctrina, por lo que hace á la prestación de la culpa, ya sustentada en los fallos de 8 de Mayo de 1869 y de 17 de Enero de 1873.

Con posterioridad á la publicación del Código, los recursos fundados en la infracción del artículo 1726 han dado poca ocasión para su esclarecimiento. Así, en el caso de los albaceas á quienes mancomunadamente se confirió por el testador la partición, y que no la llevaron á cabo por desacuerdo entre sí y con

los herederos, demandados por incumplimiento del mandato, con la consiguiente responsabilidad por la culpa, el Supremo desestimó el recurso, fundándose en que no les era imputable la falta, y no había, por tanto, posibilidad de aplicar dicho artículo. (Sentencia de 3 de Diciembre de 1902). Igual declaración hizo en 11 de Noviembre del mismo año, al desestimar el recurso interpuesto contra una sentencia en que se declaraba que la constitución en manos de un notario de determinada cantidad para el pago de los gastos originados por una escritura, no constituía realmente un mandato. En 27 de Noviembre de 1903 sostuvo que por dicho artículo no se autoriza la presunción del reconocimiento de documentos privados, cuando los interesados, por confianza en su derecho y en la rectitud de los tribunales, no han acudido al pleito. Hasta la publicación del Código, fué cuestión muy debatida entre los intérpretes, y de ello son testimonio los estudios que Laserna y Montalbán, y el Febrero reformado, dedicaron á su esclarecimiento, la de si el mandatario podía adquirir cosas de la propiedad del mandante que fueran objeto del mandato, aunque éste hubiese sido conferido para enajenarla.

La discusión se basaba en la distinta interpretación de la ley 1.ª del tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilación, á cuyo tenor, «todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huérfanos, ú otro hombre ó mujer, cualquiera que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrasen; y si los comprasen pública ó secretamente, pudiéndose probar que así fué fecha, non vala, y sea desfecha...» Unos entendían que era aplicable á los mandatarios, y otros sostenían que la prohibición alcanzaba sólo á las personas taxativamente enumeradas en la ley.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de Noviembre de 1866, declaró, resolviendo la cuestión, «que la protección que las leyes dispensan á los incapaces é incapacitados para administrar bienes, no es aplicable á los que están en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles; y, por tanto, las dispo-

siciones de la ley 1.ª, título 12 del libro 10 de la Novísima Recopilación, no se refieren ni pueden comprender á otras personas que no sean los administradores legales; pues no siendo así, resultaría la prohibición legal y absoluta de que un administrador pudiera comprar toda clase de bienes de su principal ó comitente, y aun la de que los mismos dueños de los bienes administrados pudieran venderlos». Navarro Amandi (1) sostenía la interpretación de la sentencia; pero Sánchez Román, no obstante confesar los términos absolutos de la misma, hace algunas reservas.

La cuestión, repetimos, está zanjada de un modo definitivo por el Código, el cual, en el número 2.º del art. 1459, dispone que «no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia... 2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración ó enajenación estuviesen encargados». Con este texto tan expresivo, cuya claridad excusa toda dificultad en su exégesis, queda sin efecto la doctrina sentada con anterioridad por el Tribunal Supremo.

Precedentes.—Encontramos los de este artículo en el Derecho romano, en las leyes 5.ª, 22 y 41 del título 1.º del libro 17 del Digesto. En el derecho patrio establecen de un modo concreto la responsabilidad del mandatario la ley 20 del título 12 de la Partida 5.ª, al decir «que si aquel que rescibe el mandamiento faze algún engaño en non cumplirlo, ó por su culpa viene daño al otro: que es tenudo de pecharle todo el daño que le viniere por razon del»; y expresando la razón del precepto, añade, «ca tal mandamiento como este resciben los omes, unos de otros, por facerles amor, e non por facerles daño». Y en la ley siguiente, al tratar del mandato en beneficio de un tercero y del mandante, preceptúa lo mismo. «E si algún daño recibió este tercero por cuyo pro se face el mandado, ó por engaño ó por culpa de aquel que rescibió el mandado, puédelo deman-

(1) *Código civil de España*, t. 2.º, pág. 341.

dar á aquel que lo mandó facer, é es tenudo de gelo pechar. Pero quanto pechare por esta razon aquel que fizo el mandamiento, bien lo puede demandar de aquel que recibió el mandamiento; é él es tenudo de lo pechar, pues que por su culpa ó por su engaño vino.»

En el Proyecto de Código de 1851 no hay precepto semejante; existiendo, en cambio, en el de 1882, del cual el vigente está copiado á la letra.

Concordancias.—Casi todos los Códigos contienen un precepto semejante. Singularmente los que tomaron por modelo el tipo francés, cuyo art. 1992, con ligeras modificaciones en la redacción, adoptan el Código italiano (art. 1746), el de Holanda (art. 1838), los Códigos de los cantones suizos (1473, Vaud; 1750, Valais; 1612, Neuchatel, y 1075 del de Tessino, que no contiene la distinción para estos efectos entre el mandato gratuíto y el remunerado), y el federal de las obligaciones (art. 405).

El Código portugués, como el germánico, el austriaco y el bávaro se limitan á recomendar al mandatario el mayor celo y la más exquisita prudencia en la ejecución del encargo recibido y por él aceptado, haciéndole responsable de las faltas que cometa.

De los Códigos americanos, casi todos siguen el texto francés (Luisiana, art. 2972, y Bolivia en el art. 2003). El de Chile no tiene artículo especial en el cual se consagre la responsabilidad del mandatario por el dolo y por la culpa; pero en todo el capítulo dedicado á la administración del mandato, detalla minuciosamente (arts. 2131 á 2157) las responsabilidades en que aquél puede incurrir.

Es de notar, por lo extraño, dada la fidelidad con que sigue al Código español, que en el Código de Venezuela no exista tampoco precepto semejante al art. 1726 del nuestro.

CAPITULO III

De las obligaciones del mandante.

ARTÍCULO 1727

El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.

En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa ó tácitamente.

Constituyendo la esencia del mandato la representación ajena, es evidente que las obligaciones contraídas lo son por y para el mandante. Éste es quien da lugar á la relación jurídica, y cuantos desenvolvimientos pueda ésta tener á él sólo habrán de referirse. Para que así suceda, basta que el mandatario haya obrado dentro de las facultades conferidas por el poder, y que ostente en el acto jurídico su función representativa. Todavía más: las obligaciones derivadas de la relación creada por el mandatario y el tercero, excediéndose aquél de sus poderes, lo serán del mandante, si éste hace suyo el acto por ratificación tácita ó expresa.

De ordinario, el mandante es quien otorga el poder; y surge como corolario que á él se refieren las obligaciones contraídas. Sufre una excepción la regla, cuando se trata de incapaces ó incapacitados y de personas jurídicas, porque entonces quien contrata no es el representante del incapaz ó del incapacitado, sino éste por mediación del encargado por ministerio de la ley de suplir las deficiencias de su incapacidad. Los obligados son ellos, como en el caso de la representación de un Ayuntamiento, no es el alcalde quien se obliga al contratar, sino el Concejo, como persona moral, es el que resulta obligado. Lo mismo sucede con la sindicatura de una quiebra ó de un concurso, con la representación de las fundaciones, etc., etc.

Sorprende, cuando se estudia la jurisprudencia, lo mismo la nacional que la extranjera, las repetidas veces en que ha sido menester consagrar y reiterar la doctrina de que en el mandato quien estipula, quien promete y quien se obliga es el mandante por mediación del mandatario; y decimos que sorprende, porque los textos legales son claros en su espíritu, ya que no en su letra algunos. El hecho del mandatario, como dice Vadalá Pápale, es el hecho del mandante. Y es que, filosóficamente considerado este artículo, no quiere decir más sino que la personalidad del mandatario integra completamente la del mandante. Atendiendo, sin duda, á este concepto filosófico, es por lo que Laurent dice que el mandatario no puede nunca considerarse como un tercero en las escrituras que otorgue á nombre del mandante (1).

De esta identificación, de esta integración de la personalidad del mandante con la del mandatario, por la cual, según el artículo 1727, el primero debe cumplir todas las obligaciones contraídas por el segundo dentro de los límites del mandato, y aun fuera de ellos si los ratifica, surge la cuestión planteada por los intérpretes de si el mandante responde también de las culpas cometidas por el mandatario en la ejecución del contrato, con relación á los terceros. Sostiene el ilustre profesor de Gante la opinión afirmativa, fundándose en que sería contrario á la equidad y á la justicia hacer víctimas de la culpa á los terceros que con él han contratado por la confianza que el mandante les inspiraba (2). A esto puede objetarse que el mandante no da poder para la comisión de la culpa. Por eso infieren los que tal dicen, que la culpa del mandante no es más que la culpa *in eligendo*, ó sea su culpa personal por defectuosa elección, á la cual habría que añadir la diligencia *in vigilando*.

A nosotros nos parece que ambas teorías son incompletas,

(1) Obra citada, tomo 23, página 53.

(2) Consúltese Troplong, *Mandat*, número 601 y siguientes; Pont, Aubry y Rau, obras citadas. Véanse, además, en el *Repertorio* de Dalloz la numerosa jurisprudencia en que se ha aplicado esta clase de culpa.

porque no consideran más que un aspecto parcial de la relación jurídica, siendo menester considerarla en toda su integridad. En este supuesto, el mandante es responsable respecto de los terceros en el caso de haber obrado el mandatario dentro de los límites del poder, pues por la integración de su personalidad con la del mandante, éste responde de la culpa contraída por su apoderado; más como quiera que en la relación contractual de mandante á mandatario, éste es responsable ante el primero, no solamente del dolo, sino de la culpa también, por una repetición de la acción, puede indemnizarse del daño que le ha causado su responsabilidad ante los terceros. Por otra parte, semejante interpretación es la que abona el texto legal, coordinando éste con el artículo precedente, único que en todo el título del mandato nos habla de la prestación de la culpa.

Este punto de vista, y por ende las consecuencias que de él se derivan, no ha sido tenido en cuenta por los tratadistas. El mandatario, dice el artículo, es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa. Esta locución, por sus términos generales, comprende indudablemente aquellos actos de que el mandante deba responder ante los terceros, y cuya responsabilidad luego habrá de exigírsela al mandatario, por tratarse de un acto personal suyo, del cual ha tenido que responder cual si fuera una de tantas obligaciones contraídas.

Indeclinable consecuencia de la representación es la responsabilidad del mandante, exigible ante los tribunales de justicia, quienes han declarado siempre que el acto del mandatario, dentro de los límites del poder, equivale á su ejecución por el propio mandante, siendo éste quien debe responder. Para valuar esta responsabilidad, Pothier cree suficiente la comprensión en los términos generales del poder del acto realizado por el mandatario, aun en el caso de que, por razones desconocidas del tercero, hubiera un exceso en el ejercicio de las funciones conferidas.

El ejemplo con que Pothier justifica su regla es el siguiente: Supongamos un mandatario á quien se le ha conferido poder

para tomar determinada cantidad á préstamo. Ejercitándolo, realiza la operación, y aun entrega el dinero al mandante. Pero después vuelve á operar con el mismo poder por segunda y tercera vez: ¿no resulta evidente que los terceros contrataron de buena fe, y tenían perfecto derecho á estimar válido el poder? Qué indicios podían tener para presumir que de él se hubiera hecho uso? Debe, para no burlar su buena fe, responder el mandante, porque en el conflicto que suscita la buena fe de los terceros y la estafa de que es víctima el mandante, que depositó su confianza en quien no la merecía, debe satisfacerse aquélla, sin perjuicio, claro es, de que el mandatario luego responda al mandante (1).

Mas para que esto suceda, añadiremos por nuestra cuenta, será preciso que el tercero—como demandante que habría de ser—pruebe su absoluta buena fe, y que él no pueda ser tachado á su vez de negligente, de haber omitido aquella diligencia necesaria para la absoluta exención de la culpa. Si así no fuera, además del absurdo y de la enormidad jurídica de imputar al mandante una responsabilidad mayor de la que le corresponde, sería descargar de la suya á los terceros, cuando éstos han tenido medios de conocer el poder y de saber á ciencia cierta hasta dónde podía llegar con él el mandatario.

El último inciso del art. 1727 declara al mandante obligado, con relación á los terceros, por los actos del mandatario ejecutados con exceso de sus atribuciones si las ratifica expresa ó tácitamente. Ya, al ocuparnos de los actos realizados por el mandatario en su nombre personal (véase el comentario al artículo 1725), nos ocupamos de los efectos jurídicos de la ratificación; sería, por consiguiente, ocioso insistir en la doctrina allí sustentada, bastando la mera referencia á lo entonces expuesto. Baste consignar que el precepto legal satisface en este punto las normas de la justicia más estricta, y que, además, en la evolución histórica y legal, fué siempre la *ratihabitio* considerada

(1) Pothier, *Du mandat*, número 89.

como facultad inherente del poderdante. La ratificación expresa y tácita, por lo que atañe á sus efectos, están en la ley justamente equiparadas, porque no significa otra cosa sino la prestación del consentimiento y las manifestaciones de la voluntad, ora por la palabra, verbo del pensamiento, ora por los actos derivados de la deliberación de éste y del querer de aquélla.

La jurisprudencia anterior al Código, hállase contenida, entre otras, en las sentencias de 23 de Diciembre de 1873, 18 de Junio de 1857, 20 de Octubre de 1883 y 6 de Octubre de 1887.

Posteriormente á la publicación de dicho Código, el Tribunal Supremo ha hecho luminosa interpretación del contenido y alcance del art. 1727, en su fallo de 1.º de Mayo de 1900, ya examinado minuciosamente al estudiar el art. 1721. En la de 5 de Noviembre de 1901, declaró que si bien es cierto que el mandante ha de cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario, ello tiene lugar dentro del poder; y claro es, si el poder fué especialmente otorgado para librar, aceptar y pagar letras dentro del tráfico mercantil á que el mandante y sus hijos (los mandatarios) venían dedicados, la letra, que no tiene relación con dicho tráfico, no podía obligar al mandante.

En sentencia de 20 de Marzo de 1902 estableció que convalidado por actos posteriores del mandante un contrato de venta de pertenencia minera realizado por el mandatario, excediéndose del poder, no podía eximirse de la obligación por él convalidada, siendo aplicable el art. 1727 en su segundo apartado. Ha declarado también, que demandado el mandatario, si ha obrado éste al realizar el acto jurídico dentro de los límites del mandato, resulta el mandante obligado á cumplir, no siendo aplicable le excepción de falta de personalidad alegada. (Sentencia de 25 de Abril de 1902, examinada al comentar uno de los anteriores artículos.) Esta doctrina aparece corroborada en cuanto se refiere á las obligaciones del mandante, si bien á *contrario sensu*, esto es, que no las tiene cuando su apoderado excede con sus actos los límites del poder, en la sentencia de 10 de Mayo de 1902. Interesante es por la coordinación que hace de los artículos 247

del Código de Comercio con el 1727 del civil, la de 16 de Junio de 1903; y, finalmente, en la de 8 de Julio del mismo año, con motivo de un recurso en el cual se estimaban impugnados los artículos 1713 y 1727, al dar por eficaces un pacto rescisorio y la pérdida de la mitad del precio concertado; cosas para las que no facultaba al mandatario el poder, pero que, según la prueba, habíalas convalidado el recurrente, el Tribunal Supremo declaró que «no tan sólo obligan al mandante los actos ejecutados por su apoderado dentro de los límites del mandato, sino los que aquél ejecuta con extralimitación de sus facultades si son ratificados».

El mandatario que prorroga un plazo no permitiéndole el poder tal ampliación, se extralimita en sus facultades sin obligar al mandante. (Sentencia de 8 de Febrero de 1908.)

Precedentes.—Principio fundamental del mandato el de que las obligaciones contraídas por el mandatario lo son del mandante, claro es que el abolengo de la prescripción del art. 1727 se encuentra en el Derecho romano, que así lo estatuyó. Demuéstranlo las leyes 10 y 60 *De Regulis juris*, 56, tít. 3.º, libro 46 del Digesto, y más concretamente la 45 del título 5.º, libro 17 del mismo cuerpo legal. Son dignos de especial mención los comentarios hechos por Mainz sobre el alcance de esta ley.

En nuestro Derecho patrio son precedentes del art. 1727 las leyes 20 y 29 del título 12 de la Partida 5.ª, y regla 10.ª del título 34 de la Partida 7.ª

En los Proyectos del Código de 1851 y 1882 se consigna el mismo texto, sin discrepar apenas de su redacción el vigente.

Concordancias.—Sirviendo de modelo á muchos Códigos modernos el francés, puede decirse que en su art. 1998 están calcados los textos legales encaminados á determinar esta primer obligación del mandante. Así sucede con el 1752 del Código italiano y el 1345 del Código portugués, exceptuando éste la disposición relativa á que ratificados por el comitente los actos del mandatario fuera del poder le obliguen; pero sanciona este principio en el 1351, colocado en el capítulo consagrado á tratar

de los derechos y obligaciones del comitente y del mandatario con relación al tercero.

Varía poco del texto francés el art. 1844 del Código de Holanda; y tampoco se diferencian de él el 7.°, cap. 9.°, libro 4.° del Código bávaro; el 85, título 13 del libro 1.° del prusiano, y en su primera parte también coincide el 1016 del austriaco. Coinciden los Códigos de los cantones suizos (art. 1480, Vaud; 1756, Valais; 1619, Neuchatel; 1079, Tessino; 1992, Friburgo; 791, Berna), y el federal de las obligaciones (art. 405).

De los Còdigos americanos, los de Luisiana (art. 2970), y Bolivia, copian el precepto; y síguele con bastante fidelidad el de Chile, en su artículo 2160. Los de Venezuela y Honduras calcan en los suyos 1657 y 1704, respectivamente, nuestro texto legal.

ARTÍCULO 1728

El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato.

Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario.

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, á contar desde el día en que se hizo la anticipación.

El artículo anterior tiene como materia la determinación de las obligaciones del mandante con relación á los terceros, y en éste se inicia la enumeración de las que tiene con su apoderado. Confírmase con ello cuanto apuntamos al comentar el 1709, sobre el carácter bilateral del mandato en la mayoría de los casos. Porque si la esencia de la bilateralidad estriba en que cada una de las partes resulte obligada en virtud de la convención, derivando de ésta una acción personal y directa para compelerse mutuamente á su cumplimiento, el texto legal objeto de este

comentario demuestra cómo del mandato nacen obligaciones para el mandante, y á cuya estricta observancia puede compelerle el apoderado ejercitando lo que los romanos llamaban la acción *mandati contraria*.

Sostiene Laurent (1), con error á nuestro juicio, que el reembolso de las cantidades anticipadas por el representante, es una obligación incidental, exigible sólo cuado cumplido el mandato, y habiendo originado gastos, los hubiera suplido aquél, naciendo entonces la acción para reclamar su abono del poderdante. Deduce de esto el profesor belga, que tales deberes no implican de un modo absoluto el carácter bilateral, porque no derivan del consentimiento mismo, ni tienen relación con el cumplimiento de la obligación estipulada, sino que son una consecuencia: acción, por otra parte, que no siempre se ejercitará, porque hay muchos mandatos que no originan gastos. Bien se comprende, desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, la debilidad de semejante argumentación; porque si, á tenor del art. 1728, el mandatario puede pedir á su poderdante, no que le reembolse los gastos realizados para la ejecución del mandato, sino que anticipe las cantidades necesarias para realizarlos, el mandato quedaría incumplido de no tener el representante una acción directa y principal para reclamar de su apoderado los medios necesarios al cumplimiento del mandato. La equidad y la justicia están de acuerdo al inspirar el párrafo 1.º del art. 1728, cuyo es el objeto que acabamos de exponer.

Corrobora la doctrina sustentada de que nacen del mandato acciones recíprocas para ambas partes, el derecho que al mandatario asiste ejercitando la acción *mandati contraria* para reclamar, no sólo el abono de los gastos hechos, sino también el de la remuneración convenida.

Guarda silencio sobre esto el art. 1728, y nada tampoco dicen los siguientes; mas de ello no se puede inferir la carencia de aquel derecho en el mandatario, pues en el art. 1711 se esta-

(1) Obra citada, tomo 28, pág. 9.

blece la hipótesis de que el mandato puede ser remunerado, y sienta en su segundo párrafo hasta la presunción de la retribución cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios á los que se refiere el mandato. Por ser el contrato la ley de los contratantes y establecida por modo tan inconcuso la licitud de la estipulación del mandato retribuído, estimamos que la omisión entre las obligaciones del mandante de la remuneración debida, no atenúa ni merma en lo más mínimo el derecho que tiene el mandatario á exigir su cumplimiento al mandante, en el supuesto de tratarse de un mandato á los que alcance la presunción del art. 1711.

Demuéstrase con lo expuesto el carácter bilateral que en la mayoría inmensa de los casos tiene la relación jurídica que el mandato implica.

Añade la ley que ese reembolso obligatorio en el mandante ha de tener lugar aun cuando la comisión conferida no haya tenido el éxito apetecido por el mandante, siempre que no haya culpa en el mandatario. El texto necesita, para su mejor inteligencia, de algunos esclarecimientos.

El reembolso se debe, aunque el negocio no haya salido bien. La razón de este precepto estriba en que el mandatario no se compromete más que á representar al mandante, no á que todos los negocios que se le encomienden sean coronados por el éxito. Si la gestión realizada lo fué con la diligencia del buen padre de familia, el mandatario cumplió perfectamente; y si no se le puede pedir menos, tampoco puede exigírsele más; como dice Tarrible, sería enorme injusticia gravar al mandatario, que sólo por y para el mandante ha contratado, porque el negocio no haya tenido un resultado satisfactorio.

La exención que expresa el artículo, ¿á cuál culpa se refiere? Es indudable la referencia: á los gastos que el mandatario hiciera traspasando los límites marcados por el poderdante, porque de esta suerte se coordina con lo prevenido en el art. 1727, al determinar que no obliga al poderdante lo que el apoderado haya hecho excediéndose del poder. Esta falta, este exceso, no deben

servir, con arreglo á los principios de justicia y de equidad, para que el mandatario reclame el abono de unos gastos que no ha podido ni debido hacer.

Sobre si pueden reducirse los gastos cuando, no habiendo fijado cantidad, el mandante arguyera al serle reclamado su reembolso que los consideraba excesivos, nada dice el artículo, á diferencia de los otros países, que establecen la posibilidad de esa minoración. A nuestro juicio, del mismo modo que se exige al mandante el abono de gastos, sin parar mientes en el buen ó mal éxito del negocio, así también los tribunales, por consideraciones de equidad y de justicia, hállanse capacitados para imponer esa reducción; posibilidad demostrada por la jurisprudencia inspirada en las doctrinas de Pothier.

El último inciso del art. 1728 declara que el reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada á contar desde el día en que se hizo la anticipación. Recordando la disposición del art. 1724, bien se advertirá que la que examinanos no es más que la recíproca de ella, con relación al mandante, siendo idéntico su fundamento en el orden jurídico. La fecha en la cual comienza á contarse el plazo para el cómputo del tiempo, ha de entenderse, no tan sólo en el sentido literal en que la ley la fija, sino atendiendo al espíritu en que se inspira. Quiere esto decir que el abono de intereses puede comenzar desde el momento mismo del mandato, si éste fué de tal naturaleza que obligó al mandatario á reservar cantidades para darle cumplimiento, y la razón es obvia: el mandatario en tales casos vése privado del disfrute ó del uso de sus propios fondos. En cuanto al interés que debe abonarse, salvo estipulación en contrario, será el legal fijado por la ley de 2 de Agosto de 1899.

La jurisprudencia francesa ha hecho aplicaciones muy variadas de este principio. Ante ella se ha planteado el problema de si son abonables á la mujer intereses por las cantidades que hubiera desembolsado de su propio capital como mandataria de su marido, resolviendo en sentido afirmativo. También ha sido cuestión la de si los anticipos de los procuradores devengan in-

tereses. Dentro de nuestro derechos, creemos que resuelven la cuestión plenamente las leyes procesales, en consonancia con la orgánica.

Respecto á los agentes de negocios, en cuanto no contenga una excepción, les es aplicable la doctrina sustentada; y en cuanto al gestor de negocios, sabido es que las leyes romanas la reconocían en absoluto. La jurisprudencia francesa, sin embargo, ha sostenido que el Código la ha derogado. Troplong combatió esta doctrina.

Conexa con la cuestión anterior es la de si la retribución pactada devenga intereses, y si el mandante tiene derecho á retenerla hasta la rendición de cuentas por el mandatario. En el silencio de la ley, y salvas las estipulaciones que sobre este punto hubieran pactado las partes, nos parecen de inconcusa aplicación los principios del derecho común.

La jurisprudencia más reciente, y en la que de un modo preciso se ha hecho por el Tribunal Supremo aplicación del artículo 1728, hállase contenida en las sentencias de 18 de Noviembre de 1903 y de 17 de Abril de 1904. Por la primera, se declara que el mandante está obligado á abonar al mandatario en el lugar donde se requieran sus servicios el importe de los anticipos y gastos que hubiere hecho para el desempeño de su comisión; y en la segunda, no solamente se reconoce la obligación de reintegrar al mandatario los gastos hechos allí donde los realizara, sino también, invocándose los arts. 1728 y 1729 del Código, en relación con el 277 del mercantil, la de abonar la remuneración prometida.

Según la sentencia de 2 de Enero de 1909, el pago á un procurador debe realizarse donde los derechos se devengaron.

También se refiere á este artículo sin sentar doctrina de importancia, la de 7 de Enero del mismo año.

Precedentes.—Lo son de este artículo en el derecho romano, las leyes 12, 27 y 1.ª de los títulos 1.° y 35 de los libros 17 del Digesto y 4.° del Código. *Impendia mandati, exequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent. Nec ad rem per-*

tinent quoc is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. Adversus eum cujus negotia gesta sunt de pecunia quam de proviis opibus, vel ab aliis mutuo aceptan erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potest experiri.

De nuestro derecho pueden aducirse como precedentes la ley 20 del tít. 12 de la Partida 5.ª: «Si alguna cosa pechase ó pagase ó despendiese en cumplir el mandamiento tenudo, es de gelo pechar aquel por cuyo mandamiento lo fizo.»

El precedente más inmediato, así en su interior contenido, como por su forma, es el art. 1618 del Proyecto de 1851, del que es copia literal el art. 1727.

Concordancias. — Se diferencia nuestro artículo del 1999 del Código francés en que éste menciona expresamente como obligación del mandante la de pagar á su mandatario los salarios que le hubiese prometido, y también en que no contiene el nuestro, y sí el francés, la prescripción relativa á la imposibilidad legal de reducir los gastos bajo el pretexto de que hubieran podido ser menores.

Ya en otra ocasión hemos acudido á las orientaciones de la jurisprudencia francesa, que interpreta este artículo con amplio criterio, y ha autorizado en no pocas ocasiones la reducción de los abonos por gastos, fundándose en que la palabra pretexto, empleada por el legislador, indica una restricción en el concepto que explica y permite la reducción cuando los motivos alegados son justos y legítimos.

Véase en el *Repertorio* de Dalloz el núm. 360, en la palabra *Mandato.*

Con el texto francés concuerda á la letra el art. 1752 del Código italiano. El Código de Portugal especifica la obligación de indemnizar el comitente al mandatario los gastos que éste hubiere hecho, en el art. 1344, y la de pagarle los honorarios convenidos, en el 1347. Siguen, con ligeras variantes en la redacción, el texto francés, el art. 2991 del Código de Luisiana, el 1014 del Código austriaco, y el 70 del título 13, parte 1.ª, del prusiano. El bávaro limita el reembolso á los gastos hechos de

buena fe y con economía. Los Códigos de los Cantones suizos contienen preceptos semejantes (1481, Vaud; 1758, Valais; 1321, Neuchatel; 791, Berna; 1925, Friburgo), y el Código federal de las obligaciones, en los dos párrafos de su art. 400, contiene análoga prescripción. También las leyes inglesas estatuyen la obligación de indemnizar al mandatario los gastos hechos y la de pagarle la retribución convenida.

De los Códigos americanos, en general siguen la misma doctrina sustentada en el Código francés. El de Chile se distingue por la clarísima y detallada enumeración de los deberes del mandante en el art. 2158, reseñando, bajo los núms. 2, 3 y 4, las obligaciones de pagar el salario, reembolsar los gastos razonables y reintegrar con los intereses devengados los anticipos hechos por el mandatario, estableciendo en el último inciso del artículo que en el mal suceso del negocio, ó que éste pudiera haberse realizado á menos costo, no le dispensan del cumplimiento de tales deberes.

ARTÍCULO 1729

Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.

Alcance de este artículo.—No ha menester de explicación el fundamento jurídico de este texto legal, pues júntanse para justificarlo los principios de la equidad y del derecho. A la acción que el mandante tiene para reclamar del mandatario los daños y perjuicios que le ocasionara la inejecución del mandato, corresponde la que á favor de este último establece el art. 1729 para reclamar de aquél igual indemnización por los que le haya causado su cumplimiento. Ha querido con ello el legislador hacer en este punto recíprocas las acciones, tanto más cuanto que, tratándose, sobre todo, del mandato gratuito, hubiera sido ini-

cuo no reconocer este derecho en el mandatario, siendo la comisión conferida la causa de la pérdida y del daño,

Surge de aquí la dificultad que entraña la recta interpretación del precepto legal. La indemnización, ¿la debe el mandante porque el mandato haya sido la *causa* de los daños ó perjuicios, ó la debe también cuando éstos hayan sobrevenido con *ocasión* de su cumplimiento? No se trata de un simple juego de palabras, como á primera vista parece. Implica el análisis de la cuestión la recta exégesis del artículo.

Pothier (1), decía que cuando el mandato era la causa del daño, era procedente la indemnización; porque no es justo que además del beneficio prestado, experimente el representante pérdida ó daño en sus intereses por un negocio de interés exclusivo de su representado. En cambio, cuando esos daños sobrevengan, no por causa del mandato, sino con ocasión de su cumplimiento, no procede la indemnización.

Domat (2), en cambio, sostenía que el daño abonable lo es, no sólo el causado *ad initio* por el mandato, sino también el incidental surgido con ocasión de su cumplimiento. Claro es, añade el gran jurisconsulto francés, que ha de valuarse siempre antes de decidir del peligro que hubiera, la naturaleza del suceso por el cual se ha experimentado el daño, y la relación entre él y el mandato conferido; de todas las circunstancias, en suma, que pueden derivar de uno ú otro lado la responsabilidad.

Mientras el Código francés acepta y sigue el criterio de Domat, la expresión empleada por el nuestro implica la tesis sustentada por Pothier; y la creemos más razonable, por ajustarse al criterio sostenido por la ley en la materia de indemnización de daños y perjuicios. Recuérdese que, según el artículo 1107, los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe, son los previstos ó que se hayan podido prever al tiempo de constituir la obligación, y que sean consecuencia ne-

(1) Obra citada, núm. 76.
(2) *Lois civiles*, lib. 1º, tít. 15.

cesaria de su cumplimiento. Ahora bien; al expresar el artículo que el mandante responderá al mandatario de los daños y perjuicios que *le haya causado* el cumplimiento del mandato, es evidente que su alcance se limita, en consonancia con la doctrina general de la ley, á las pérdidas causadas por el cumplimiento del mandato, esto es, á todas aquellas que al tiempo de conferir la comisión se podían y debían prever como consecuencia de la misma, y no á las que extrañas á ella, hubieran podido sobrevenir.

Agrega la ley, que estos daños y perjuicios serán abonables á condición de no haber en el mandatario culpa ni imprudencia. La bondad del precepto excusa todo comentario Rogron, copiado por Goyena, pone el siguiente ejemplo para demostrar prácticamente el supuesto del Código: «Si habiendo yo comprado para vos un toro, que me habíais designado, rompe las cuerdas con que se hallaba atado, y mata mi caballo, debéis indemnizarme; mas para esto es necesario que no haya habido imprudencia alguna de mi parte; como, por ejemplo, si hubiera colocado al toro en el mismo establo que el caballo, ó bien el no haberle atado con toda seguridad.»

Un curioso ejemplo de aplicación de estos principios ofrece Dalloz al registrar en la jurisprudencia francesa el siguiente caso: Un empleado de la Compañía del ferrocarril de París-Lyon-Mediterráneo, al dirigirse á unos obreros, de cuya dirección estaba encargado, para que en vez de marchar de pie sobre los vagones cargados de arena, fueran sentados, como está mandado por los reglamentos para evitar siniestros, cayó á la vía, y fué herido. A título de mandatario de la Compañía, reclamó la indemnización de daños y perjuicios, fallando el tribunal á su favor (1853-2-75.)

Precedentes.—En el derecho romano se reconoció por las leyes del Digesto (26 del tít. 1.º del libro 17) la obligación del mandante de indemnizar al mandatario de las pérdidas por las que tuvo alguna culpa; mas importa hacer constar, por lo extraña, la exclusión del caso fortuito, habida cuenta de la influencia

de los principios de equidad en aquel cuerpo legal, á tenor de los que, según la doctrina más generalmente admitida, debía comprenderse también. *Veluti quod (mandatarius) spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amisserit, vel languore suo suorumque adprehensus, quedam erogaberit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet.*

En nuestro derecho patrio, á título de precedente, puede invocarse el precepto que contienen las leyes 20 y 21 del tít. 12 de la Partida 5.ª, cuando después de definir el mandato en beneficio del mandante, y del mandante y de un tercero, reseñando las obligaciones de éstos, dice que «*si alguna cosa* PECHARE, *pagare ó* DESPENDIERE *en cumplir el mandamiento, tenudo es de gelo pechar aquel por cuyo mandado lo fizo*». Precepto éste que, si bien lo hemos citado como precedente del artículo anterior, y realmente lo es de un modo más concreto, porque se refiere á la obligación de reembolsar, lo es también de la indemnización de daños; porque acogiéndose á él, se pidió ésta ante los tribunales, extendiéndose á esta obligación su alcance por la jurisprudencia anterior al Código. (Sentencias de 16 de Junio de 1857 y 18 de Junio de 1861.)

El precedente de carácter más inmediato, y en el cual se halla calcado el art. 1729, es el 1619 del Proyecto de 1851.

Concordancias.—El art. 2000 del Código francés se diferencia del texto comentado en su redacción y en su concepto, porque, contradiciendo la doctrina de Pothier, extiende la obligación de indemnizar no sólo á los daños de que el mandato es causa, sino también á los acaecidos con ocasión de la gestión encomendada al mandatario. El Código italiano la limita á las pérdidas que hubiere sufrido, ocasionadas por el asunto de que estaba encargado (art. 1754). Concuerdan con los textos citados el art. 1344 del Código portugués; 1846 del de Holanda, 1482 del del cantón de Vaud; 1785 del valaisino; 1621 del Código del cantón de Neuchatel, y con el 402 del Código federal suizo de las obligaciones. El Código austriaco, en su art. 1014, dice sencillamente que el mandante debe indemnizar al mandatario de los

daños y gastos. Diferénciase el Código bávaro de todos los citados, porque declara al mandatario responsable de las pérdidas sufridas por consecuencia de su gestión, aunque resulten de una falta leve (cap. 9.° del libro 4.°, art. 6.°). El Código prusiano, aun cuando establece que el mandante no responde al mandatario de las pérdidas que éste pueda sufrir en su gestión, exceptúa aquellas á que hubiera dado lugar con sus órdenes, ó por su falta, aunque sea ligera (art. 80, tít. 13, parte 1.ª).

De los Códigos americanos, concuerdan con el francés el de la Luisiana, en su art. 2993, y el de Bolivia (art. 2007). El Código de Chile consigna la obligación del mandante de indemnizar todas las pérdidas que haya sufrido el mandatario *por causa* del mandato, en el núm. 5.° del art. 2158. El Código de Venezuela, en su art. 1659, se refiere á las pérdidas sufridas con ocasión de su gestión. El de Honduras mantiene también la misma doctrina.

ARTÍCULO 1730

El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.

Por vez primera se consignó un precepto semejante á éste en el Proyecto de Código de 1851 (art. 1620). Ni en las leyes romanas, ni en las nuestras de Partida, referentes al mandato, hay ninguna que contenga disposición parecida, aunque otra cosa crean escritores distinguidos (1), y poquísimos son los Códigos extranjeros que contengan precepto semejante, excepción hecha del de Holanda (art. 1849) y del prusiano (art. 83, tít. 13, parte 1.ª), entre los europeos, y de los publicados con posterioridad al español, entre los americanos, el de Venezuela, 1661.

(1) Los redactores de la *Revista de Derecho internacional*, en su texto, y *Comentarios al Código civil español* (tomo II), citan la ley 20 del tít. 12 de la Partida 5.ª Confesamos que leída y releída atentamente, no encontramos dónde pueda estar el precedente.

Esta observación no implica el desconocimiento de la bondad intrínseca de la disposición legal, y menos su censura; antes bien, estimamos justo el precepto, y que el legislador diera carta de naturaleza en el Código á lo que había sancionado ya la costumbre.

Que el mandatario pueda retener las cosas objeto del mandato hasta tanto le reintegre el mandante los anticipos que hubiere hecho para ejecutarlo, su salario ú honorarios, si se pactaron, así como la indemnización por los daños experimentados, no significa todo esto, en puridad, sino una garantía que el legislador ha querido conferir al mandatario, análoga á la establecida en el art. 1780 á favor del depositario que puede retener en prenda la cosa depositada, hasta el completo pago de lo que se deba por razón del depósito. Goyena equipara por su semejanza estos dos preceptos, habida cuenta de ser contratos de beneficencia el mandato y el depósito: opinión errónea, por lo que al mandato remunerado se refiere.

ARTÍCULO 1731

Si dos ó más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.

Tiene un carácter excepcional el principio establecido en este artículo, como se demuestra con sólo confrontar el texto legal con el del 1723. Según éste, la obligación contraída por los mandatarios tiene, con relación al mandante, carácter de mancomunidad, salvo estipulación expresa en contrario, y en cambio, á tenor del que examinamos, cuando son varios los mandantes, responden solidariamente al mandatario para todos los efectos de la obligación contraída. Altera, por consiguiente, el Código el principio general de la mancomunidad, estableciendo la obligación *in solidum* de los poderdantes.

Cree Laurent que tal derogación de la doctrina en materia de obligaciones, fué importada á los Códigos modernos como ho-

menaje rendido al derecho antiguo; pero si así fuera, lo que en éste era lógico corolario del carácter *esencialmente gratuito* del mandato, no lo es en el derecho moderno, que establece la representación, independientemente de su carácter oneroso ó lucrativo, como base única de este contrato. Y siendo así, parece que no hay razón que abone el carácter excepcional de tal disposición, al establecer por ministerio de la ley la solidaridad de los mandantes, extendiéndola á los casos del mandato remunerado. Sin embargo, estudiada la cuestión desde el punto de vista del derecho patrio, no sería aplicable la interpretación de Laurent, porque el Código ha introducido con el principio de la solidaridad una modificación en la anterior legislación; pues con arreglo á la ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, habían de estimarse como mancomunadas las obligaciones de los mandantes. Demuéstralo también la sentencia del Tribunal Supremo, fecha 10 de Junio de 1891, en la cual se desestimó un recurso donde el principal fundamento alegado era la supuesta infracción del art. 1731, declarándose en ella que «siendo los poderes en cuya virtud representó el recurrente á los por él apremiados, y el pleito mismo, anterior á la publicación del Código civil, mal puede éste tener aplicación en el recurso, por lo cual el fallo recurrido no puede infringir el art. 1731 de dicho Código». Esta sentencia se refería al siguiente caso: Un procurador, representante de varios interesados, reclamó á uno de ellos el pago total de la cuenta. Éste consignó la tercera parte, alegando el carácter mancomunado de la obligación. En primera instancia triunfó el demandante; pero la Audiencia de la Coruña revocó la sentencia del inferior, y, apoyada en la ley aludida en el texto, sentó la mancomunidad, dando la razón al apelante; é interpuesto el recurso de casación, falló el Supremo en el sentido indicado.

¿Qué condiciones se requieren para la procedencia de la acción *in solidum?* No solamente es precisa la existencia de varios poderdantes, condición *sine qua non* en todas las obligaciones solidarias, sino además que exista entre ellos el vínculo jurídi-

co que representa la comunidad de la gestión provechosa á todos ellos; concepto que el texto legal expresa, diciendo que el mandatario ha de serlo de todos, y para un negocio común. Síguese de aquí la necesidad de la concurrencia de los mandantes para conferir á un mismo tiempo el mandato y para igual asunto; porque siendo distintas las acciones ó las épocas en que aquél se confiriera, ó diversas las cosas ó servicios objeto del mismo, faltaría el vínculo de unión entre los mandantes exigido por la solidaridad.

¿Qué se entiende por negocio común? A primera vista parece fácil la respuesta, pero no lo es realmente. Una partición testamenturia es un negocio común á los herederos, á los legatarios, y aun á los acreedores de la sucesión; y, sin embargo, la jurisprudencia francesa ha demostrado que no podía en este asunto estimarse la comunidad á los efectos de la obligación *in solidum* (1). De acuerdo con dicha jurisprudencia—toda vez que la nuestra no ha tenido ocasión de formarse todavía—, y con Pont y Laurent, creemos que negocio común á los mandantes será aquel en que sus intereses sean conformes y armónicos. De esta clase son las representaciones colectivas de la sindicatura en un concurso ó en una quiebra en su primer período. El mandato para la defensa en juicio bajo la dirección unipersonal de un letrado, y con la representación de un solo procurador, y otros muchos que la realidad ofrece, son casos en los que se dará para los mandantes, con relación al mandatario, la obligación *in solidum* de remunerar el servicio objeto del mandato.

Las representaciones ó mandatos legales, como son los del tutor, con relación á los menores é incapacitados, ¿gozan de este beneficio de la solidaridad? Esta cuestión, planteada por Duranton y Pont, no parece que pueda ofrecer dificultad, habida cuenta de que siendo una excepción la consignada en el texto legal, con arreglo á los más elementales pricipios de hermenéutica jurídica, no cabe más que una interpretación restricti-

(1) Dalloz, núm. 379, *Mandat*.

va, y por consiguiente, debemos atenernos á los principios generales que rigen dicha clase de representaciones.

Parten los autores citados, del texto legal, y ateniéndose á su letra, que supone una obligación convencional, niegan que el tutor pueda demandar *in solidum* de los que fueron sus pupilos los reintegros y emolumentos á que tuviera derecho, porque el nombramiento del tutor se defiere por ministerio de la ley, y nunca por la espontánea voluntad de aquellos á quienes representa (1).

Finalmente, la bondad intrínseca del art. 1731 está demostrada con la sola consideración de que constituído conjuntamente el mandato para un negocio de interés colectivo, la imposición de la solidaridad, como dijeron los redactores del Código Napoleón, estriba en que merced á ella se pondrá al mandatario al abrigo de la ingratitud y de los subterfugios del interés personal, y asegurará más y más las obligaciones contraídas para con él: obligaciones que todas derivan del derecho natural.

Por otra parte, según Falcón, al reformar en este punto el Código la propuesta del de 1851, evita que el mandatario tenga que dividir su crédito entre los mandantes. División que se opone á la unidad de la obligación contraída.

Precedentes.—En el Derecho romano, los encontramos en aquel pasaje del Digesto: *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse etiamsi non sit concessum in mandato.* (Ley 39, párrafo 3.°, tít. 1.°, libro 17.) *Si duo jusserunt cum quovis in solidum agi potest quia similes sunt duobus mandatibus.* (Ley 5.ª, párrafo 1.°, tít. 4.°, libro 15.) En el derecho patrio, se consideraba la obligación de los mandantes regida por los principios generales, en los que se inspiró Enrique IV al dictar la ley de 1458 —que es la 10.ª del tít. 1.° del libro 10 de la Novísima—ó sea considerar la obligación mancomunada, salvo pacto en contrario estipulando la solidaridad. El Proyecto de Código de 1851, no obstante el modelo francés que tuvieron á la vista sus auto-

(1) Pont, tomo 1.°, pág. 595 y siguientes.

res, consagró en este punto la doctrina tradicional al establecer (artículo 1621) que si dos ó más personas nombrasen para un negocio común un mandatario, le quedan obligadas mancomunadamente para todos los efectos del mandato.

Concordancias.—Concuerda nuestro artículo, casi literalmente, con el 2002 del Código frances, y siguen también este modelo el de Italia, en el art. 1756; el de Holanda, en el 1848; los de los cantones suizos (1960, Valais; 1484, Vaud; 1623, Neuchatel; 1082, Tessino; 791, Berna, y 1928, Friburgo), y el federal de obligaciones en el 401. El Código portugués también acepta el principio de la solidaridad (art. 1348). De los Códigos americanos, siguen la misma inspiración el de la Luisiana (art. 2995); Bolivia (2013); el del Uruguay (art. 2046); el de Guatemala (artículo 2207), y el de Méjico (art. 2509). El de Chile guarda silencio, y no trata del supuesto en que sean varios los mandantes.

CAPÍTULO IV

De los modos de acabarse el mandato.

ARTÍCULO 1732

El mandato se acaba:

1.º Por su revocación.

2.º Por la renuncia del mandatario.

3.º Por muerte, interdicción, quiebra ó insolvencia del mandante ó del mandatario.

ARTÍCULO 1733

El mandante puede revocar el mandato á su voluntad, y compeler al mandatario á la devolución del documento en que conste el mandato.

ARTÍCULO 1734

Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar á éstas si no se les ha hecho saber.

ARTÍCULO 1735

El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido, salvo lo dispuesto en el artículo que precede.

Fundamento jurídico de estos preceptos.—Por ser el art. 1732 escueta enumeración de los modos por los que el mandato se extingue, y tratar el Código en los siguientes de los efectos que producen las maneras de terminar este contrato, no cabe comentar aquél aisladamente, so pena de reducir el análisis á una simple paráfrasis del texto legal, ó bien al desarrollar la doctrina concerniente á cada uno de sus apartados, invadir el campo de los textos sucesivos.

Comentar todo el capítulo de una vez, exponiendo por los parágrafos del art. 1732 su exégesis con las ineludibles referencias á los artículos que con su desarrollo, cedería en perjuicio de la claridad y aun del método propio de este linaje de obras. Por esto dividimos el capítulo sin alterar el orden legal, no anteponiendo unos á otros los artículos, en tres secciones claramente indicadas por los tres modos de extinción del mandato, agrupando en cada uno los textos correlativos con expresión de la doctrina legal sobre cada uno de ellos.

El art. 1732 determina esos modos de concluir el contrato, y su mera lectura desde luego sugiere la duda de si estas son las únicas causas de su extinción, ó si, por el contrario, existiendo otras comunes á toda suerte de obligaciones son las enumeradas por el legislador, modos especiales de terminar esta relación jurídica que no excluyen en cuanto al mandato la aplica-

ción de las causas generales citadas. Para nosotros, es evidente que el Código no ha pretendido declarar que sean las enumeradas en el texto las exclusivas causas de extinción, y su objeto se contrae á fijar taxativamente las que son peculiares de este contrato.

En efecto; ¿cómo dudar de que el mandato pueda extinguirse por el *mutuo disenso*, que es causa general de extinción en todo linaje de obligaciones? Si el mandato—y esa es una de sus especialidades—se extingue por el disenso de una sola de las voluntades que le dieron vida, ¿cómo no ha de extinguirse cuando las dos concurran á darlo por terminado? Y si del mutuo disenso pasamos á lo que llama Arhens (1) *extinción por ejecución* directa ó indirecta de la relación jurídica, encontraremos que ejecutada por el mandatario la comisión conferida, queda *ipso jure* extinguido el contrato. Ni cabe dudar un punto que conferido el mandato para una obra ó servicio determinado, sin variar las personas de mandante y mandatario, por voluntad del primero puede cambiar el objeto del mandato, extinguiéndose así por una verdadera *novación,* y cuando no por la novación, por la extinción de la cosa sobre la que versó el encargo. Todo ello demuestra que el mandato es susceptible de terminarse por las causas generales de extinción de las obligaciones—en cuanto le sean aplicables—, y como consecuencia, la errónea interpretación que al art. 1732 se daría, diputando su contenido como expresión única de los modos de extinguirse la relación jurídica aludida. Su alcance no es limitativo de las causas de extinción, es simplemente enunciativo de las formas especiales y privativas para terminar el mandato. Por ahora limitamos nuestro estudio á la primera de ellas, ó sea á la *revocación*, que es la materia propia de la primera de las secciones en que dividimos el examen del presente capítulo.

Según el art. 1732, uno de los modos de extinguirse el mandato es la revocación del poder conferido. Es decir, que creada

---

(1) *Enciclopedia jurídica*, tomo 3.°, pág. 215.

la relación jurídica por el consentimiento de las partes, basta que una de ellas *quiera* para que acabe el mandato. A este *querer* del mandante se llama *revocación*. Significa esto una excepción á los principios generales, y su fundamento estriba en que siendo la representación y la confianza bases cardinales del contrato, es la voluntad del representado la que puede poner término á la representación. Siendo además un acto de confianza, lógicamente debe cesar cuando esta confianza desaparezca. Si así no fuera, se desnaturalizaría el contrato, convirtiendo la representación en una verdadera enajenación de la personalidad, en algo que pugna con los principios del derecho moderno, y que significaría al persistir con ese carácter de irrevocabilidad como una supervivencia, como diría Taylor, de la servidumbre de la gleva de las behetrias medioevales. Por eso, sin duda, autores y civilistas ilustres, reputan la revocabilidad como nota esencial del mandato (1); y proscribiendo como opuesto á su naturaleza toda estipulación en contrario, estiman como axiomático el aforismo de *Finita voluntatae, finitum est mandatum.* Abundando en estas doctrinas, Bertier decía: «que cuando un hombre confía sus intereses á otro, está sobrentendida la duración del encargo mientras la confianza dure, pues el mandante, ni á perpetuidad ni siquiera por tiempo determinado, enajena el pleno ejercicio de sus derechos, cesando el mandato cuando al representado plazca notificar su voluntad en este sentido al mandatario, quien carece de derecho para oponerse á ella». Este concepto absoluto de la revocabilidad, lo explica categóricamente el art. 1733, al declarar que el mandante puede revocar el mandato á su voluntad.

Varias son las cuestiones que se plantean acerca de la revocabilidad del mandato:

a) En primer término, ¿puede decirse tan categórica y absolutamente que el mandato sea revocable, y que no haya caso alguno de irrevocabilidad? — Tiene este principio una excepción, y es la de que el mandato se haya dado, no sólo en interés del

(1) Véase Sánchez Román, obra y tomo citados, pág. 478

mandante, sino en interés de éste y de un tercero, ó interesando por igual al mandante y al mandatario. En estos casos, es evidente que el mandato deja de ser revocable por la sola voluntad del mandante. Todavía se puede dar otra excepción, y es la de que el mandato constituya una cláusula de un contrato sinalagmático; es decir, que esté involucrado en otra convención cualquiera, pues en ese caso, seguirá la condición de ésta, no será revocable sino por el mutuo disenso, y se regirá por los principios que en este punto rijan la obligación principal á la que aparece subordinado.

b) Otra de las cuestiones que pueden suscitarse se refiere á si existe alguna distinción á los efectos de la revocabilidad entre el mandato gratuito y el retribuído —Los civilistas modernos están unánimes en afirmar que, cuando se trata del mandato gratuito, no ofrece duda ninguna el ser la voluntad del mandante lo bastante poderosa para extinguir el contrato; pero cuando se trata de un mandato remunerado, como lo son la mayoría en nuestra época, parecería injusta, puesto que no se trata sólo de los intereses y de los beneficios del poderdante, sino de romper la estipulación y perjudicar al mandatario.

Para quienes profesamos el principio de que allí donde la ley no distingue, no cabe distinguir, la cuestión no lo es desde el punto de vista legal. El art. 1733, sin reservas declara, que el mandante puede revocar el mandato *á su voluntad*, y siendo así tanto da que sea gratuito como remunerado. Reconocida la exactitud de esta interpretación, se pregunta si el mandatario tendrá derecho á una indemnización por el perjuicio experimentado al cesar en la comisión. Parece que en rigor de derecho no debe corresponderle, porque legalmente del ejercicio de un derecho por el mandante no se puede pretender á título alguno satisfacción de un perjuicio por el mandatario, pero la equidad puede aconsejar esa indemnización, habiéndolo reconocido así alguna jurisprudencia extranjera (1). Esto no obstante, desde el punto

(1) Véase Dalloz, 1856, 2, 265.

de vista del derecho positivo, único á que debe atender el intérprete, nada importa ese reconocimiento, porque tanto valdría cambiar la posición de la cuestión transportándola desde el derecho positivo al derecho constituyente, de lo que es á lo que debe ser.

No falta quien admite la posibilidad de que en el contrato se pacte esa indemnización. Si así sucede, regirá la ley del contrato, fuente primera de las obligaciones para las partes; la acción entonces derivará de la estipulación, no de la ley, y mientras tales pactos no existan, el mandante debe conservar íntegro su derecho para revocar el mandato sin indemnización ninguna. Laurent, fundado en la jurisprudencia francesa, sostiene la posibilidad de la indemnización cuando la revocación lesione el honor del mandatario.

c) ¿Cómo ha de hacerse saber al mandatario la revocación? Como consecuencia de la revocación, es preciso que el mandante la notifique al mandatario. Si así no fuera, aquélla no produciría ningún efecto. No expresa el art. 1733 la forma de esa notificación; dice sólo que el mandante puede compeler al mandatario á la devolución del documento en que conste el mandato. No ha menester de ningún comentario este precepto porque su alcance salta á la vista; evitar que el mandatario conservando el poder haga mal uso del mismo, y comprometa hasta cierto punto los intereses del mandante.

Ahora bien: dos procedimientos hay para notificar la revocación. El más propio, según Gutiérrez (1), consiste en el otorgamiento de una escritura pública en que así se declare, encargando al notario ante el cual se otorga la ponga en conocimiento del mandatario, y le requiera á la entrega de los poderes conferidos. Otro medio, es acudir al Juzgado pidiendo que se notifique al mandatario la revocación que se hace de los poderes conferidos, los cuales se acompañarán al escrito en el

(1) Obra y tomo citados, pág. 530.

que ha de hacerse constar aquélla, y el requerimiento para la devolución.

Bien se comprende ser estas formas solemnes y expresas de la voluntad del poderdante, mas hay otras que producen iguales efectos.

d) Formas de la revocación. ¿Esta puede ser tácita?—Según Pothier y los intérpretes que le siguen, no hay formas presuntas de la derogación del mandato, lo que hay son hechos que inducen y valen á veces por la más expresa de las derogaciones. A ellas alude el art. 1735 al declarar que el nombramiento de un nuevo mandatario, produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido. Aunque el precepto no ofrece dificultad y se infiere que esta notifición es al primitivo mandatario, no hubiera estado demás una mayor corrección gramatical en el texto, fundado en que el nombramiento en tales circunstancias, es un hecho revelador de la intención revocatoria del mandante, y por ende la exclusión que para gestionar el asunto se hace del primer apoderado.

Especies de revocación tácita omitidas en el Código, son: 1.°, la autogestión del negocio por el poderdante mismo, porque cuando esto suceda carece de base la representación conferida; y 2.°, el hecho de conferir ó de otorgar un mandato especial para negocios que fueron objeto de un poder general dado á un mandatario, pues implica la revocación de éste en lo que á tales asuntos se refiera, continuando la validez y eficacia sólo para los actos no comprendidos en la procuración ó poderes especiales. En este caso, se trata de una revocación parcial.

e) Otra cuestión relativa á la revocación del mandato es la de los efectos de la misma con relación á los terceros.—Declara el art. 1734, que cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar á éstas, si no se les ha hecho saber. La razón de la ley es obvia. Integra el mandatario la personalidad del mandante, y los terceros que con él contratan, hállanse persuadidos de que las relaciones jurídicas creadas lo son en representación de

aquél, dándoles derecho á esta creencia el mismo mandato; por consiguiente, si el poderdante no les hace conocer el hecho de haber cesado en su representación el apoderado, los actos realizados serán perfectamente válidos y tendrán la consiguiente fuerza de obligar.

Infiérese del texto legal que no basta la revocación cuando se trate de mandatos conferidos *nominatin* para contratar con persona cierta, sino que incumbe al mandante notificarla al mandatario y á las personas con las que le ordenó contratar, pues de lo contrario tendrían valor y eficacia contra él los actos realizados por aquél. La práctica, singularmente en el comercio, ha establecido esa notificación de las revocaciones y concesiones de poderes.

Cuando se trate de un poder general donde no se haga designación de las personas ante las cuales haya de ostentarse la representación, es opinión muy generalizada, que son válidos los actos celebrados con los terceros que contratan de buena fe é ignorando la revocación. En tal caso, añaden los que así piensan, podría el mandante utilizar su derecho contra el mandatario que sabedor de la revocación, continuó atribuyéndose una personalidad que no tenía.

A nuestro juicio, y en el supuesto indicado de poderes generales, la cuestión es más compleja de lo que á primera vista parece y no siempre podría resolverse con el criterio apuntado, porque si el mandante notificó esa revocación dándole la consiguiente publicidad, no sería equitativo sostener con relación á él la validez de los actos celebrados por el mandatario con los terceros, porque aun en la hipótesis de la buena fe de éstos, el poderdante había obrado con toda diligencia para prevenir la carencia de representación en el mandatario, y si éste, notificado de la revocación, contrataba, él sería el responsable. Creemos más ajustado á los principios de la ley y de la equidad equiparar los efectos jurídicos en este caso con relación á los terceros, á los que determina el párrafo segundo del art. 1727. En uno y en otro caso, no tiene el mandatario, para asegurar la validez de

sus actos, lo que es esencial, la calidad de representante, y si por faltarle en razón á haberse excedido de los límites del poder, declara dicho artículo que el mandante no queda obligado si no lo ratifica, por modo análogo debe inducirse que, revocado el poder general, dada á la revocación una razonable publicidad, no puede tampoco en este caso quedar obligado. Sin embargo, al razonar Goyena, la modificación introducida por el art. 1624 del Proyecto de 1851 con referencia al texto francés, sostiene la validez de los actos en la relación del mandante con los terceros.

Son escasas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo después de la vigencia del Código civil que hagan relación á los artículos que comentamos. Entre ellas, merece especial mención la de 16 de Diciembre de 1897, en la que se hizo aplicación del artículo 1732 en relación con el 1721, declarándose á este propósito que «si bien es evidente que el mandato se acaba, con arreglo al núm. 3.º del art. 1732 del Código civil, por la muerte del mandante ó mandatario, habiendo dejado de ser mandatario quien hizo abdicación de dicho carácter, nombrando otro, por estar autorizado para ello, á este segundo hay necesidad de referir, en su caso, el precepto de dicho Código sin que consiguientemente afecte á las relaciones establecidas entre él y el poderdante el fallecimiento del primitivo mandatario».

Es también interesante la doctrina contenida en la sentencia de 8 de Junio de 1903, porque al casar la sentencia del inferior que condenó á un procurador á rendir cuentas á un tutor, no obstante haberlas aprobado el pupilo cuando llegó á su mayor edad, implícitamente declara la carencia del derecho del tutor á exigirlas, pues la aprobación no le interesa en tanto en cuanto partiendo de ella debe rendir las suyas, no existiendo la oposición pretendida por el recurrente entre los artículos referentes al mandato, singularmente el 1720 y el 1732 con los relativos á las cuentas de la tutela.

El poder otorgado por una entidad social, no se extingue por la muerte de uno de los miembros de esa entidad, cuando tal muerte no influye en la existencia de la Sociedad. (Sentencia

de 5 de Julio de 1906). Se refería esta sentencia á un poder dado á un procurador, por la Compañía de los ferrocarriles de Madrid á Zaragoza y Alicante, y al fallecimiento de una de las personas que en representación de la misma lo otorgaron.

Con vista de los artículos 1714, 1719, 1727, y 1732 y número 1.° del 1733, la sentencia de 28 de Marzo de 1906, declara que la revocación de un poder anterior á los actos realizados por el mandatario con arreglo á él, pero comunicada á ese mandatario después de tales actos, no los invalida ni desvirtúa, pues la revocación para que surta sus efectos, es preciso que se ponga en conocimiento del mandatario, ó sea conocida por éste.

El Tribunal de lo Contencioso-administrativo ha tenido ocasión de aplicar los preceptos contenidos en los artículos 1732 y 1738, declarando nula la notificación hecha al mandatario después del fallecimiento de su poderdante, y por tanto, la ineficacia del recurso interpuesto. (Sentencia de 17 de Enero de 1902.)

Precedentes.—Del art. 1732 son precedentes en el Derecho romano los párrafos 9, 10 y 11, tít. 27, libro 3.°, de la Instituta, y las leyes 12, párrafo 6.°, 22, párrafo 11; 23, 24 y 25 del tít. 1.° del libro 17 del Digesto. El art. 1733, al estimar la libérrima voluntad del mandante capacitado en todo momento para la revocación, inspírase en la ley 9.ª del tít. 27 de la Instituta, y en la 12, párrafo 16 del tít. 1.° del libro 17 del Digesto, hallándose también en esta última el precedente del art. 1734, según los tratadistas, si bien pensamos que es preciso hacer para tal exégesis, notoria violencia en el texto (1). El art. 1735 encuentra su antecedente romano en la ley 31, párrafo 2.° del tít. 3.° de igual libro del Digesto. *(Julianus ait eum qui dedit diversis temporibus procuratores, duos posteriorem dando, priorem prohibuisse videri.)*

En nuestro derecho patrio nada encontramos que pueda adu-

---

(1) *Quod si mandaveris exigendam pecuniam, deinde prohibuisti eamque recipisti debitor liberabitur.* El *eamque recipisti* con que la ley termina, significa un hecho posterior ó ratificación del primer mandato que deja sin efecto su revocación, *(apud)*, García Goyena, ob. cit , tomo cit , pág. 53.

cirse como precedente en los antiguos Códigos, y ni siquiera las leyes de Partida indicaron las causas de extinción del mandato. Unicamente en cuanto se refiere á la validez de los actos celebrados por el mandatario y los terceros, ignorando éstos la revocación é ignorándola también el personero, se puede alegar la ley 51 del tít. 5.º de la Partida 5.ª

El Código vigente ha copiado á la letra, para estatuir los preceptos que contienen los artículos 1732 á 1735, los que llevan los números 1622 á 1626 del Proyecto de 1851, siendo éstos su verdadero y estricto precedente.

Concordancias.—El art. 1732, expresivo de los modos de acabarse el mandato, concuerda con el art. 2003 del Código francés y con el 1757 del Código italiano. Este añade, además, como causa de extinción, la inhabilitación del mandante ó mandatario si constituyen el objeto del mandato actos que no pudieren realizar sin asistencia de procurador. En el Código civil portugués (art. 1363) admítense, además de las enumeradas en el nuestro, como motivos de concluir el mandato, la mudanza de estado del mandante ó del mandatario, si por tal mudanza resultase inhábil para conferir éste ó para aceptarlo, y la terminación del plazo del mandato ó la conclusión del asunto. La primera de estas dos causas—cambio de estado—admítela también juntamente con las de nuestro Código el art. 1850 del de Holanda. Inspíranse en el texto francés los Códigos de Baviera y de Prusia, sin más diferencia este último que agregar la incapacidad sobrevenida á cualquiera de los contratantes. Entre los Códigos de los cantones suizos, los de Valais (art. 1761), Vaud (artículo 1481), Neuchatel (art. 1624), adoptan la enumeración francesa, agregando, el de Tessino, la inexistencia del objeto del mandato (art. 1083); el de Berna, la terminación del negocio para el cual se había dado el poder, y el de Friburgo, la de haberse declarado por sentencia judicial incierta la existencia del poderdante ausente.

Los Códigos americanos, por regla general, copian la clasificación del Código Napoleón; demuéstranlo así, los de la Lui-

siana (art. 2996), Bolivia (art. 2014), Guatemala (art. 2208), Méjico (art. 2524) y Uruguay (art. 2047). El Código de Chile, con su acostumbrada precisión, enumera taxativamente las causas de extinción, añadiendo las del desempeño del negocio para el cual se constituyó el mandato; la espiración del término ó el evento de las condiciones prefijadas para el mismo y la cesación de las funciones del mandante si la procuración tuvo por causa el ejercicio de las mismas (art. 2163).

El Código de Venezuela copia en su art. 1633 el 1732 nuestro, añadiendo la inhabilitación en los mismos términos del Código italiano.

Respecto á la revocación del mandato, basada en la sola voluntad del mandante facultándole para compeler al mandatario á la devolución del documento expresivo del poder, la ordenan todos los Códigos, y concuerdan con el art. 1733, el 2004 del francés, 1758 del italiano, 1364 del portugués, que añade á la facultad revocatoria la observación de que procederá, no obstante condición ó pacto en contrario, 1851 del Código de Holanda, 1020 y 1021 del austriaco, 159 (tít. 13, Parte 1.ª) del antiguo prusiano, 11 (cap. 9.º, libro 4.º) del bávaro; de los cantones suizos, 1486, Vaud; 1762, Valais; 1626, Neuchatel; 1084, Tessino; 1930, Friburgo, y 405 del federal de obligaciones. Entre los Códigos americanos concuerdan el 2997 de la Luisiana; 2015, Bolivia; 2209, Guatemala; 2049 del Uruguay; 2525 del mejicano. El Código de Chile clasifica la revocación en tácita y expresa, siendo facultad del mandante ejercida á su arbitrio, produciendo sus efectos desde el día de la notificación. Los Códigos publicados con posterioridad al español siguen nuestro texto.

La validez de los actos celebrados por el mandatario si la revocación no era conocida de los terceros, y éstos obraron de buena fe, así como los efectos que de revocación tácita tiene la designación de nuevo mandatario para el mismo asunto, objeto son de los arts. 2005 y 2006 del Código francés, separándose su redacción de los nuestros en la mayor amplitud con que está de-

terminada la eficacia jurídica con relación á los terceros, y la reserva expresa de los derechos del mandante para que el mandatario la indemnice. Siguen la inspiración francesa los Códigos italiano (arts. 1759-1760), portugués (1365), holandés (1852-1853), prusiano (167-185); los de los cantones suizos (Vaud, 1487-1488; Valais, 1763-1764; 794 adicionado el de Berna; Friburgo, 1931-1932; Neuchatel, 1626-1627), y el federal de obligaciones. Igual doctrina sustentan entre los Códigos americanos el de la Luisiana (arts. 2998 y 2999), Bolivia (2016 y 2017), Guatemala (2210), Méjico (2528-30), Chile (2164 y párrafo 2.° del 2173), Venezuela (1665 y 1666).

ARTÍCULO 1736

El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufriere perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos al mandatario, á menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo.

ARTÍCULO 1737

El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir á esta falta.

La renuncia del mandatario es la segunda de las causas de extinción del mandato, según el art. 1732, y de ellas nos corresponde tratar ahora, siguiendo el orden establecido en el comentario anterior.

De igual suerte que el mandante puede, á su libre albedrío, hacer que cese la representación conferida, revocando la que otorgó, puede á su vez el mandatario concluirla mediante la renuncia del cargo. Al parecer, existe aquí, y es opinión aceptada por algunos civilistas, una verdadera reciprocidad, porque á la

revocación en el mandante corresponde la renuncia del mandatario, y así como la ley impone al primero que la notifique al segundo, si ha de producir los efectos jurídicos consiguientes, también impone al mandatario el deber de poner su renuncia en conocimiento de su representado. Del mismo modo que en el caso de revocación omite la ley la expresión de su forma, guarda silencio también sobre las formalidades que hayan de observarse en la renuncia, por lo que habrá de estarse á lo dicho acerca de aquélla.

Oportunamente expusimos que el mandante para notificar la revocación, cuando quiera hacerla constar de un modo auténtico y solemne, puede valerse del requerimiento notarial ó del judicial, y en su virtud la renuncia del mandatario podrá hacerse por uno ú otro medio; mas como quiera que con relación á los terceros la renuncia no puede tener el alcance de la revocación, y á quien únicamente afecta es al mandante, creemos con Pothier que bastaría el simple aviso de la dimisión de esas funciones representativas de un modo fehaciente para que la renuncia surtiese todos sus efectos. Hasta aquí llega la reciprocidad, pero de ahí no pasan las semejanzas entre el derecho á revocar y el derecho á renunciar. Por el contrario, existe entre ambos notoria diferencia.

En efecto; en todo momento, cuando le plazca, ó á su libre arbitrio, según las enérgicas expresiones de algunos Códigos, puede el mandante revocar la representación confiada, pero no puede proceder con igual libertad el mandatario á su renuncia, porque la ley le impone, además de la notificación, una condicional: la de que no produzca daños al poderdante. «Si éste sufriese perjuicios por la renuncia—dice el art. 1736—deberá indemnizarle de ellos el mandatario.» La razón legal de esa indemnización, impuesta por la ley, es claramente perceptible, pues constituyendo el mandato una obligación de hacer, desde el momento en que el representante prestó su consentimiento para obrar, gestionar ó realizar los servicios ó las cosas que su representado le confiara, el vínculo jurídico le constriñe á su

realización; y como quiera que toda obligación de hacer, cuando no se ejecuta, lleva consigo la de indemnizar, porque supone un daño causado, resulta indudable el fundamento jurídico en que descansa el deber impuesto al mandatario como consecuencia de su renuncia. El mandatario falta á la obligación contraída, y porque ocasiona un daño, indemniza de él. Claro es que cuando el daño no existe, cuando al mandante no le cause perjuicio la renuncia, no ha lugar á la indemnización. Ésta sólo tiene lugar, como decían nuestros antiguos civilistas, si aquélla es *intempestiva, inoportuna*.

Ese principio de la indemnización no es absoluto, pues las palabras con que termina el art. 1736 envuelven una excepción á la regla general de indemnizar por el artículo establecida. La explica y razona con su habitual concisión Goyena, al decir que «en la alternativa de un perjuicio inevitable para el mandante ó para el mandatario, sería sobremanera injusto hacerlo caer sobre el mandatario». Los tratadistas franceses explicaban esta excepción para los casos del mandato gratuito, añadiendo que, respecto del remunerado, se tiene en cuenta por cima de la retribución el servicio prestado. No encontramos jurídica la distinción, que en puridad no es más que una sutileza de escuela. Pothier dice que si bien es cierta la obligación del mandatario de prestar el servicio ó de ejecutar la cosa prometida en nombre ó por cuenta de su representado, el mismo mandatario entiende contraer la obligación mientras haya posibilidad de ejecutarla. Así, por ejemplo, si cayera gravemente enfermo, ¿puede nadie suponer en la mente y en la voluntad la intención y el querer realizarla? (1) Facilísima es la contestación á tales razones, con sólo decir que no hay necesidad de acudir á esas recónditas presunciones, porque al fin y al cabo, para tales casos, están los principios generales de derecho, y entre ellos, el que tan elegantemente formuló Gayo al decir *Major casus est, qui humana infirmitas resistere non potest,* traducido por el art. 1105 de

(1) Obra citada, núm 39-42.

nuestro Código, al declarar que nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, ó que previstos, fueran inevitables.

Al tratar de la facultad del mandante para revocar la representación, razonamos las reservas que hacíamos al principio de la revocabilidad absoluta, estimado por algunos como condición *sine qua non* del mandato. Aplicándolo ahora al derecho del mandatario á renunciar, en lo que consiente su diversa naturaleza, diremos que si el mandato fuera irrevocable, para que la renuncia pudiera tener efectividad jurídica se sujetaría á las reglas del derecho común; es decir, que habría de ser consentida por el mandante, porque convenciones de este linaje sólo por el mutuo disenso, pueden romperse. Como dice Laurent, si la irrevocabilidad estuviera fundada en el interés del mandatario, entonces bastaría aplicar el principio consignado en el párrafo 2.º del art. 4.º del Código sobre la posibilidad de renunciar los derechos que las leyes conceden; pero ya hemos visto que no existe tal fundamento.

Basada en principios de equidad y de derecho la prescripción contenida en el art. 1737, ordenando que el mandatario, aunque renuncie con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya tomado las disposiciones necesarias para ocurrir á esta falta, no necesita de amplios comentarios para su cumplida justificación. El legislador concilia los intereses del mandatario con los del mandante, y si permite la renuncia del primero, es á condición de que ésta no irrogue perjuicios, y si ha de relevársele de la obligación de indemnizarlos cuando renuncie con justa causa, debe seguir la gestión para que no haya en ella soluciones de continuidad lesivas á los intereses del poderdante. Por otra parte, no ya en abstractos principios de equidad, sino en verdadero y fundamental principio de derecho, encuentra su racional explicación la doctrina del Código respecto á la renuncia del mandatario, porque si es dogma jurídico hacer el bien prometido expresa ó tácitamente, sería una omisión perjudicial é injustificada aquella en que in-

curriría el representante al abandonar la gestión sin dar tiempo á su representado para remediar la falta.

Precedentes legales.—Expresaron también las leyes romanas la facultad de renunciar al mandato como modo de extinguirse esta relación jurídica, y el derecho moderno al condicionarla no ha hecho más que seguir las inspiraciones del derecho Justinianeo. Así la ley 22, tít. 1.°, libro 17 del Digesto decía: *Renuntiari ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi, aut sit redundet in eum captio qui suscepit mandatum.* Ampliada por la Instituta al declarar: *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quan primum renunciandum, ut per se metipsum, aut per alium eamdem ren mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur, camdem rem explicandi nihilominus, mandati actio locum habet, nisi justa causa intercesserit, aut non renunciandi aut intempestive renunciandi.* Más allá que los modernos Códigos fué dicha legislación, porque enumeró las justas causas de excusa, como lo demuestran las leyes 23, 24 y 25 del título y libro citados del Digesto (1). Esas leyes son las que constantemente aplicó nuestra jurisprudencia, toda vez que en el derecho patrio no había preceptos que taxativamente regulasen este modo de extinción del mandato. En ellas se inspiró también el Proyecto de 1851, cuyos arts. 1626 y 1627 han servido de patrón en este punto al Código vigente, que los ha copiado literalmente.

Concordancias.—Difieren poquísimo los Códigos extranjeros del nuestro al condicionar la renuncia del mandatario como modo extintivo de la representación. Así, el art. 2007 del Código francés, sin discrepar gran cosa en la redacción, contiene análogos preceptos, y calcado literalmente en él está el 1761 del Código italiano. Contienen análogo texto el 1368 del Código portugués, 1854 del de Holanda, 12 (cap. 9.°, libro 4.°) del

(1) Sane si valetudines adversariæ, vel capitalium idimitiarum (ley 23). Seu ob inanes rei actiones (ley 24). Seu ob aliquam justam causam excusationes allegat audiendus (ley 25).

bávaro, párrafo 2.º del 1021 del austriaco, y 85 del prusiano, que no contiene la excepción de la justa causa. Los Códigos de los cantones suizos y el federal de las obligaciones ordenan así la renuncia (1489, Vaud; 1765, Valais; 1628, Neuchâtel; 1085-86, Tessino; 1933, Friburgo; 402 del federal). Más perfecta encontramos en la redacción del art. 2167 del Código de Chile al determinar que los efectos jurídicos de la renuncia no se computan sino desde que el mandante ha podido proveer á los negocios encomendados, salvo la enfermedad del mandatario ú otra causa ó grave perjuicio en sus intereses.

Copian el texto francés los Códigos de la Luisiana (artículo 3000), Méjico (2528), Guatemala (2212) y Uruguay (2052). Los de Venezuela y Honduras siguen á la letra á nuestro Código.

ARTÍCULO 1738

Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante ú otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto á los terceros que hayan contratado con él de buena fe.

ARTÍCULO 1739

En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entre tanto á lo que las circunstancias exijan en interés de éste.

Al iniciar el estudio de la doctrina legal sobre los modos de terminar el mandato, indicamos la necesidad de agrupar en distintas secciones cada uno de los motivos enumerados por el Código en los tres apartados que integran el art. 1732, á fin de evitar una estéril paráfrasis de este artículo ó una intrusión en los campos ó dominios de la exégesis de los artículos siguientes. Con tal motivo, nos hemos ocupado primero de los que se refieren á la revocación, y después de los relativos á la renuncia por

parte del mandatario, correspondiendo ahora examinar los que hacen relación á la tercera de las causas de extinción consignadas en el citado artículo, por más que los que son objeto del presente comentario, y singularmente el primero, no se refieren sólo á los efectos jurídicos de la muerte de cualquiera de los contratantes, sino que lo en él estatuído, tiene carácter general, extensivo á las demás causas por las que el mandato termina.

Veamos, pues, cuál sea el fundamento jurídico del precepto que considera la muerte, la interdicción y la quiebra ó insolvencia como causas de terminación del mandato; y para dar la debida claridad al comentario, expongamos con separación la doctrina correspondiente á cada una de dichas causas.

A) *Muerte.*—Como la revocación y la renuncia, pone la muerte fin al mandato; y así como esas dos causas evidencian ser la voluntad unipersonal bastante á extinguir la relación jurídica creada, constituyendo una excepción á los principios generales que de consuno exigen el mutuo disenso de los obligados, así también la extingue la muerte del mandante ó del mandatario, dando testimonio de que éste, como aquéllos, son modos especiales, característicos del mandato, reveladores de su naturaleza excepcional, y que no se oponen al reconocimiento de las demás causas de extinción de las obligaciones derivadas de todos los contratos.

Es obvia la razón por la cual pone la muerte fin al contrato. Si su esencia jurídica es la representación, si como tantas veces hemos dicho existe una integración de la personalidad del mandante que obra, estipula y se obliga por mediación del mandatario, ¿cómo sería posible que muerto el representado pudiera seguir la representación, ó muerto el representante la continuara quien no la mereció del poderdante? En la propia naturaleza del mandato, dice Pothier, estriba el ser la muerte causa terminal del mismo. Y lo es *ipso jure*, sin necesidad de que los herederos del mandante avisen al mandatario y se la notifiquen en forma, según la opinión de Laurent, que hemos de acoger con alguna reserva desde el punto de vista legal, porque si bien es

cierto que el Código no la exige más que en el caso de morir el mandatario (art. 1739), no lo es menos que reputándose válido por el 1738 todo lo hecho por el mandatario en la ignorancia de ese hecho, está en el interés de los herederos del mandante el llevar á cabo de modo bien auténtico esa notificación.

Coordinando el texto del número 3.º del artículo 1732 con el 1738, y más todavía con el segundo párrafo del art. 1718, se advierte que no obstante lo absoluto del principio, admite una excepción, por virtud de la que, el mandatario podrá continuar el negocio comenzado, si hubiese peligro en la interrupción ó en la demora, aun cuando se le hubiere dado conocimiento de la muerte, y con igual validez seguirá desempeñándole mientras ignore la muerte del mandante.

También se diferencia con relación á los efectos en los herederos la muerte del mandante de la del mandatario, porque mientras los de aquél hacen la notificación por propia conveniencia, y no porque un precepto legal se lo imponga, los de éste hállanse obligados por terminante exigencia del art. 1739 á poner en conocimiento del mandante la muerte de su causante.

Y no sólo tienen esa obligación, sino que además deben proveer á lo que las circunstancias exijan en interés de aquél.

Alcubilla califica de mandato presunto esta imposición, en razón á que tal gestión es una presunción de la voluntad del mandatario al morir. Sin rechazar en absoluto esta opinión, más que en presunciones de esa índole, el hecho jurídico es ó un mandato tácito, como cree Laurent, ó un mandato legal; y realmente esta última interpretación se deduce de los términos absolutos con que prescribe tal obligación á los herederos el art. 1739.

Si de común acuerdo mandante y mandatario convinieran en que el mandato siguiera después de la muerte de cualquiera de ellos, ¿dejaría de ser eficaz la causa de extinción citada? Distintas son las opiniones acerca de ello. La jurisprudencia belga (1), ante la cual se ha planteado la cuestión, ha declarado

(1) *Pasicrisic*, 1860, 1.º, 260. La francesa sigue igual criterio. Confer. Dalloz, 1860.

que tal estipulación no sería contraria ni á las buenas costumbres ni al orden público, estimando lícito el pacto, por entender que de esta suerte el mandato se regiría por los principios de derecho común. Pero una cosa es la licitud—cosa que no ponemos en duda—y otra su validez; porque si de modo terminante declara la ley que la muerte extingue el mandato, ¿cómo la voluntad de las partes puede alterar lo dispuesto por ella, yendo contra la naturaleza misma del contrato, basado en la representación, la cual queda anulada por la muerte de cualquiera de los contratantes?

Estímase corroborada la exactitud de este criterio desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, por la ley misma, porque cuando ella ha querido introducir una excepción al principio consignado en el número 3.º del art. 1732, así lo ha hecho (artículos 1718 en su párrafo segundo y 1739). Otro tanto puede decirse de aquellos mandatos que sólo se perfeccionan con la muerte del mandante, como sucede con el albaceazgo y la cuenta particional ó la distribución de determinadas cantidades.

En estos casos, como en los anteriores, la voluntad está apoyada en la ley, y la muerte viene á ser como una condición de la que depende el cumplimiento del contrato.

Por el contrario, alégase como fundamento para sostener que la voluntad de las partes pueda prorrogar el mandato hasta después de la muerte, el que según la naturaleza de los actos ó servicios que sean objeto del mandato, y la persona á quien directamente favorezca el mandato puede resultar dado aquél en interés del mandante y de un tercero, ó de un tercero y del mandatario, y con relación á éstos nada puede importar la muerte del mandante. Así, por ejemplo, si el mandatario había hecho anticipos al mandante, y éste le dió poder para vender bienes hasta reintegrarse, claro es que el fallecimiento no puede impedir la consumación del mandato. Pero á esto puede objetarse que al invocar tal ejemplo, se confunden actos jurídicos de naturaleza tan distinta como el mandato y la cesión de bienes para

pago de deudas, en la que si realmente existiera el mandato, sería éste una cosa accesoria.

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente antes y después de la publicación del Código, que el contrato de mandato es personalísimo y que se extingue desde el momento en que deja de existir cualquiera de los contratantes. (Sentencia de 9 de Noviembre de 1875.)

El Tribunal de lo Contencioso ha hecho también, como hemos indicado al comentar los anteriores artículos, aplicación del 1738, en relación con el 1732, en su fallo de 17 de Enero de 1902.

Aun cuando el Código nada dice de la ausencia como causa extintiva del mandato, llamamos la atención sobre las declaraciones que á este propósito hizo la Dirección general de los Registros, estableciendo que mientras no existe declaración judicial de ausencia, el mandatario del presunto ausente ejecuta válidamente cuanto no exceda de los límites del mandato, de donde se infiere á *contrario sensu*, que declarada aquélla, es evidente la nulidad (Resolución de 1.º de Julio de 1891.)

B) *Interdicción.*—Como la revocación, la renuncia y la muerte no tiene este motivo de extinción desarrollos doctrinales en sucesivos artículos, salvo estar comprendidos con las demás en la prescripción del 1738.

Representa la interdicción una causa modificativa de la capacidad, que priva al individuo del goce de sus derechos civiles, y siendo así, basta su simple enunciación para comprender la razón por la que el legislador la ha incluído entre los motivos de extinción del mandato, cuando sobreviniere á una de las partes.

C) *Insolvencia y quiebra.*—Aun cuando jurídicamente no son iguales los estados de insolvencia y de quiebra, asimílanse no obstante por la ley en este caso, por ser ambas causas extintivas del mandato. Si la interdicción supone la falta de capacidad, la insolvencia y la quiebra suponen la ausencia de toda responsabilidad. ¿Quién, por otra parte, pregunta Tarrible (1), sería

(1) *Rapport*, núm. 24; Locré, tomo 7.º

osado á depositar su confianza, base del mandato, en un insolvente ó en un quebrado? Además, siendo nulos jurídicamente los actos de quienes se encuentran en tal estado, mal podrían los terceros interesados oponerlos al mandante.

Cuando se trate de un mandato en utilidad del mandatario quebrado é insolvente, teniendo, como tiene, la masa de acreedores interés en que se cumpla, y representando los derechos de éste, el mandato, según las orientaciones de la jurisprudencia francesa, no se extingue, constituyendo á modo de excepción del principio general.

Réstanos ocuparnos de la eficacia jurídica de los actos ejecutados por el mandatario, ignorando el término de su representación.

La declaración hecha por el art. 1738 relativa á la validez de los actos del mandatario, ignorando la muerte del mandante, tiene carácter general y convalida esos mismos actos en caso de revocación, de quiebra y de insolvencia, con relación á los terceros que hayan contratado con él de buena fe. Quiere indicar con esto el Código que la ignorancia ha de ser común á los terceros y al mandatario, porque si aquéllos supieran la muerte, la quiebra ó insolvencia del mandante ó la revocación del poder, los actos realizados serían nulos con relación á aquéllos, porque con razón podría argüírseles su mala fe al contratar con la plena conciencia de que no podía ostentar el mandatario, ya que ellos lo sabían aunque éste lo ignorase, la representación del mandante.

La norma establecida por el art. 1738 constituye, á no dudar, una excepción á los principios generales á tenor de los que el error invalida de derecho el consentimiento, mas hállase justificada, como tantas otras, por los principios de equidad para evitar que el *summum jus* sea la *summa injuria*. En esta validez una verdadera ficción jurídica establecida por la ley para beneficiar al mandatario y á los terceros de buena fe, validez que acaba con el conocimiento por el mandatario ó los terceros del fin del mandato. En el caso de que la mala fe radicara en el

mandatario y no en los terceros, aquél sería responsable del dolo y podrían éstos ejercitar contra él las correspondientes acciones.

La obligación que impone á los herederos del mandatario el artículo 1739, ¿es aplicable á quienes tengan su representación cuando se le declara en quiebra, concurso ó interdicción?

Dados los términos restrictivos del texto legal, es evidente que su interpretación debe ser restringida, y allí donde la ley no distingue, no debe el intérprete hacer distinciones. Hasta hubiéramos omitido plantear esta cuestión si no abonara el hacerlo, el ejemplo de los mejores comentaristas. Por lo dicho ya queda anticipada nuestra opinión, contraria á la interpretación latísima que se pretende y á extender por analogía el precepto. No negamos que de parte de los que tal sostienen está la equidad; pero en este caso, de seguir esa teoría, se impondría á los síndicos, en el caso de concurso ó de quiebra, como al tutor, con relación al interdicto, una obligación que la ley no quiso imponerles.

Precedentes legales.—Los encontramos en las leyes romanas, *Mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur.* (Ley 26, tít 1.º, libro 17, del Digesto) *Utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioqui justa et probabilis ignorantia tibi damnum aferret* (párrafo 10, tít. 27, libro 3.º de la Instituta). Del artículo 1731, puede servir de precedente la ley 40 del tít 2.º del libro 17 del Digesto. *Ea quae per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent in quibus dolus ejus admitti potest.* En ellos se inspiraron los redactores del Proyecto de 1851 al redactar los artículos 1628 y 1629 cuya letra ha copiado el Código vigente.

Concordancias.— Concuerdan con los preceptos estatuídos en los arts. 1738 y 1739 de nuestro Código los contenidos en los 2008, 2009 y 2010 del francés; 1762 y 1763 del Código italiano; 1367 y párrafo 2.º del art. 1369 del portugués; 1854 á 1856 del de Holanda. De los de los cantones suizos, 1490 á 92, Vaud;

1766 á 1767, Valais; 1087-88, Tessino; 1934-1936, Friburgo; 1630 á 1631, Neuchatel; y el Federal de obligaciones, 403 á 405. De los Códigos americanos, contienen preceptos similares, los de La Luisiana, arts. 3001 á 3003; Bolivia, 2019 y 2020; Méjico, 2529-2532; Guatemala, 2214 á 16; Uruguay, 2059 á 62; Chile, 2168 á 2170, siendo de notar en él, la prescripción del artículo 2169, á cuyo tenor el mandato cuyo cumplimiento ha de realizarse después de la muerte del mandante, no se extingue por ella, sucediendo los herederos en sus derechos y obligaciones. El Código venezolano nos copia á la letra en sus arts. 1668 y 1669, sucediendo lo mismo con el de Honduras. Es digna de particular mención la legislación inglesa, á cuyo tenor la muerte extingue el mandato en absoluto y sin restricción alguna, siendo nulos cuantos actos ejecute el mandatario después de ocurrido el fallecimiento del mandante.

TITULO X

DEL PRÉSTAMO

Disposición general.

ARTÍCULO 1740

Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega á la otra, ó alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, ó dinero ú otra co·a fungible, con condición de volver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuíto.

El simple préstamo puede ser gratuíto ó con pacto de pagar interés.

Concepto jurídico de estos contratos.—El profundo sentido de la realidad que caracterizó á los jurisconsultos romanos, les llevó á distinguir los contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, de aquellos otros que para su perfección requieren la entrega de la cosa objeto de ellos. La clásica distinción de los contratos en consensuales y reales, no por impugnada en las obras de algunos jurisconsultos como Toullier y Duvergier (1), deja de tener un valor sustantivo, que se demuestra cumplidamente con el ejemplo de los contratos definidos por el art. 1740. Troplong y Pothier conservaron en sus definiciones de esta relación jurídica como nota característica, la de ser un contrato real, sin que sea obstáculo á ello la tendencia,

(1) Toullier-Duvergier, *Du Prêt*, pág. 27, núm. 25.

generalizada en los Códigos modernos, á ensalzar el poder y la eficacia de la voluntad como creadora de las obligaciones; tendencia á la que rindieron tributo los autores del Proyecto de Código de 1851, sin parar mientes en que la distinción no es sutileza de escuela, sino producto de la realidad. Prueba evidente de ello, es el contrato de préstamo. Si no hay entrega de la cosa, del prestamista al prestatario en el mutuo, del comodante al comodatario en el comodato, ¿por dónde y en qué forma se producirán los derechos y deberes inherentes á los obligados en estos contratos? ¿Cómo podrá cuidar de la cosa con la diligencia de un buen padre de familia el comodatario, si no le ha sido entregada? Siendo el uso el efecto esencial en el contrato, ¿cuándo se producirá éste, si no media la dación de la cosa? Con razón dicen Domat y Pothier, y con ellos nuestro Gutiérrez (1), que allí donde no intervenga la entrega, no existirá el contrato de préstamo.

No quiere decir esto que la promesa de préstamo carezca de eficacia y de valor jurídico; la promesa como obligación de hacer, tiene perfecta sustantividad y sus efectos sólo serán similares á los que las de su clase producen, no pudiendo, por tanto, equipararse al contrato real de préstamo.

Este es el sentido del art. 1740. Para el legislador es condición *sine qua non* de la existencia del préstamo, la tradición de la cosa: «contrato *por el cual una de las partes entrega á la otra*», dice el citado artículo. Adviértase la diferente redacción que dieron al art. 1630 los autores del Proyecto de 1851, *contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar*, y clarísima surgirá la diferente doctrina que inspira á uno y otro texto. Goyena pretendía que al reducir los contratos al común denominador de consensuales, los redactores del Código volvían por los fueros del derecho patrio, del que reputaban expresión acabada la ley famosa del Ordenamiento de Alcalá, á cuyo tenor de cualquier manera

(1) Domat, Leyes civ., tomo cit; Pothier, *Du Prêt a usage*, núm. 484; Gutiérrez, ob. cit., tomo 5.º, pág. 145.

que el hombre quisiera obligarse quedaba obligado; pero equivocábanse en esto, al confundir la finalidad del precepto del Ordenamiento, dándole alcance tal que llegara á anular la naturaleza del contrato. El Código, más acertado, conserva por su definición el carácter real que los contratos de préstamos y de comodato tienen.

Al establecer el legislador la distinción entre uno y otro contrato, diciendo que una de las partes entrega á la otra, «ó alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama *comodato*, ó dinero ú otra cosa fungible con condición de volver otro tanto de la misma especie y calidad, conservando entonces simplemente el nombre de *préstamo*», se inspiró en la doctrina tradicional, en el principio que formula Boutteville (1), cuando explicando esta distinción ante el Tribunado, decía: «Síguese de la naturaleza de las cosas que aquellas de las cuales puede usarse sin consumirlas ni destruirlas, son las propias y exclusivas del *préstamo de uso ó comodato*, y aquellas que por el contrario no pueden ser usadas sino á condición de consumirlas, las del préstamo de consumo ó sea el mutuo». En las primeras, decía Pothier, puede devolverse la misma cosa prestada *in individuo*, en las segundas no cabe la devolución individual sino la genérica, aspecto que el legislador ha reflejado con acierto al ordenar sea la devolución en cosas de la misma especie y calidad.

Se ha censurado por algunos autores la doctrina del Código, al estimar como fundamento de la distinción la naturaleza material de las cosas, su condición de fungibles ó no fungibles, en vez de atender á la voluntad de las partes, como reflejo de su intención al contratar, según sucedía en el derecho romano, en el que el préstamo *ad ostentationem*, aun siendo de bienes fungibles, no podía estimarse como préstamo de consumo, sino de uso, demostrándose con ello la insubsistencia jurídica de la distinción aceptada. Sin negar el valor de esta crítica, no la esti-

(1) Boutteville, *Rapport*, núm. 2; Locré, tomo 7.°, pág. 279.

mamos de trascendentales efectos, porque el Código se atiene á la realidad, pues en la casi totalidad de los casos la nota diferencial estriba así en la intención como en la condición fungible ó no de las cosas prestadas, siendo una verdadera excepción el préstamo de cosa fungible en concepto de comodato.

Diferencias entre el comodato y el préstamo.—Aparte de la derivada de la distinta condición de los bienes objeto de ellos, hay otras diferencias entre el comodato y el mutuo ó simple préstamo, como le denomina el Código. Una de ellas, consiste en el carácter esencialmente gratuíto del primero, en oposición al remuneratorio que puede pactarse en el segundo. Aparece la gratuidad como condición inherente de la primera estipulación, y á ella es á la que realmente pueden aplicársele las palabras de Paulo, cuando dice del mutuante *qui beneficium tribuit*, ó las de nuestro antiguo derecho «contrato de gracia de que resciben plazer e ayuda los unos de los otros». (Ley 1.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª) De esto se infiere que si mediare alguna prestación, cualquiera que sea su índole, desaparece el carácter esencial en esta relación jurídica para dar lugar á otra de distinta naturaleza; así, si es de una cantidad determinada, será un alquiler, un arriendo, y si la prestación tiene por objeto dar á cambio alguna cosa ó prestar algún servicio, tendremos un contrato de los innominados.

En el simple préstamo, el legislador, atento á las enseñanzas de la realidad, ha cuidado muy bien de dejar á los contratantes en completa libertad para pactar ó no intereses, por lo cual, si no puede reputarse como oneroso el contrato, tampoco puede calificarse de gratuíto, debiendo atenderse para ello á lo que resulte del querer de las partes.

Una última diferencia, como dirían los lógicos, existe entre el comodato y el préstamo, derivada de la naturaleza de las cosas objeto de la estipulación en cuanto á la propiedad se refiere.

En el primero, no se transmite el dominio, en el segundo sí; en aquél, queda como dueño el comodante; en el préstamo, hay una verdadera transmisión de dominio; por esto dijo el insigne

romanista Cujas al comentar la ley 2.ª *De reb. cred.* del Digesto, *el mutuo es una especie de enajenación.*

Con lo expuesto, basta para esclarecer la definición legal que contiene el art. 1740 del comodato y del simple préstamo, instituciones jurídicas cuyo completo estudio se desarrollará en el comentario de los siguientes artículos.

De la utilidad de ambas no es menester grandes encarecimientos; el préstamo, como contrato de derecho de gentes, cual le llama Gutiérrez, no trae su origen de las combinaciones artificiosas de la ley positiva. Halla su fundamento filosófico en la convivencia social. Por eso cualquiera que sea el grado de civilización de un pueblo, allí se da este contrato, porque pertenece á ese fondo común de ideas, relaciones y prácticas que forman e derecho universal.

Precedentes.—El desenvolvimiento histórico en el derecho patrio de las dos instituciones definidas por el art. 1740, confirma cuanto acabamos de exponer en el párrafo precedente. La legislación romana es, por lo que á ellas respecta, la principal fuente de nuestra historia jurídica. Como precedente estricto del precepto estatuído por el Código, deben citarse la ley 1.ª del título 6.º del libro 13 del Digesto, y en cuanto al carácter absolutamente gratuíto del comodato, la parte final del párrafo segundo del tít. 15 del libro 3.º de la Instituta, *gratuitum debet esse commodatum.* En el derecho medioeval, en sus comienzos, nuestro primer Código consagra al mutuo, al comodato y al depósito, las diez leyes que integran el tít. 5.º del libro 5.º del Fuero Juzgo. La ley 1.ª del tít. 16 del libro 3.º del Fuero Real, contiene el germen de nuestro art. 1740, porque como él consagra la distinción entre el préstamo mutuo y el comodato, distinción también contenida en la ley 1.ª del tít. 1.º de la Partida 5.ª, la que, además, define ambos contratos con bastante precisión señalando la transmisión del dominio como su nota diferencial.

Concordancias.—Las prescripciones contenidas en el artículo 1740 son las que detallan los artículos 1875, 1876 y 1892

del Código francés. En el Código de Portugal se define el préstamo con gran precisión, diciendo que es la cesión gratuita de una cosa para que la persona á quien se entrega se sirva de ella con la obligación de restituirla en especie ó cosa equivalente (artículo 1506), llamando comodato á la devolución en especie y mutuo á la genérica (art. 1507), y para evidenciar la última diferencia entre estos contratos, señala la gratuidad, atribuyendo al comodato remunerado carácter de alquiler y al mutuo el de usura (art. 1508). En el derecho italiano, el 1805 determina la naturaleza del comodato como préstamo de uso, reputándole por esencialmente gratuíto en el artículo siguiente; y la definición del préstamo de consumo ó mutuo, es objeto del 1819, constituyendo, cuando éste se estipule como oneroso el préstamo á interés, regulado por el 1829. Los Códigos de los cantones suizos siguen el texto francés, sucediendo lo mismo con el Código federal de las obligaciones (Vaud, 1358 á 1360 y 1376; Neuchatel, 1487 y 1914; Valois, 1622, 1628, 1638; Tessino, 920 y 1002; Berna, 740 á 746; 1819 y 1835, Friburgo; 579 y 586, Lucerna, y 321 y 322 del Código federal). Entre los Códigos americanos, siguen las inspiraciones francesas los Códigos de la Luisiana, artículos 2862 á 2864 y 2881; Bolivia, 1884, 1886 y 1903; Colombia, 2202 y siguientes. El Código chileno, con su acostumbrada precisión, define el comodato y el préstamo como contratos reales en los arts. 2174, 2176 y 2177. El Código de Venezuela consagra sendos títulos al comodato (tít. 14) y al mutuo (tít. 15), especificando en éste el mutuo propiamente dicho y el préstamo á interés (arts. 1699, 1709 y 1719).

Concuerda el texto español con las prescripciones contenidas en los arts. 2790 á 2791 del de Méjico; 1927 á 28 del guatemalteco; 2177 á 2180 del Código uruguayo.

Jurisprudencia.—El carácter real de los contratos de préstamo ha sido doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo, antes y después de promulgado el Código civil. Da testimonio de ello la sentencia de 5 de Febrero de 1886, en la que se declara «que no puede decirse que la Sala desconoce la naturaleza de un contrato,

sino que hubo falta de expresión en su nomenclatura, cuando al calificar un préstamo de contrato consensual se refiere al pacto verbal que medió entre el tomador y el prestamista, por el cual, éste, como medio de entrega de la cantidad prestada, endosó á aquél un pagaré que había de abonar un tercero, pues al hacerse efectivo dicho pagaré, fué cuando tuvo efecto el contrato de préstamo y nació la acción de mutuo». A mayor abundamiento, la característica de este último contrato, ó sea el transmitir el dominio de la cosa, se reconoció por nuestro primer Tribunal al establecer que la libre disposición de un capital dejada al prestatario, é imponiéndole la obligación de pagar el rédito hasta su devolución, es un pacto que contiene los requisitos esenciales del contrato de préstamo (Sentencia de 18 de Junio de 1884). El carácter intencional de las partes, ó por mejor decir, la finalidad perseguida por éstas al realizar un contrato para deducir de ella si se trata ó no de un préstamo, ha sido objeto de una interesante sentencia sobre tercería de mejor derecho, en la que hizo el Supremo aplicación del artículo 1740, declarando que la Sala no lo había infringido, como tampoco había violado la ley 1.ª del título 1.º de la Partida 5.ª (su precedente en el orden legal, como hemos demostrado en el párrafo anterior), al estimar el mejor derecho de un prestamista que lo es por escritura pública, aun cuando para la entrega de la cantidad prestada hubiese abierto al prestatario una cuenta corriente por el importe de aquélla, si los términos de la escritura no permiten dudar que la intención de los contrayentes fué constituir un préstamo y el extracto de cuenta guarda conformidad con los libros del prestatario, reveladores del recibo de cantidades (Sentencia de 4 de Enero de 1894).

CAPITULO PRIMERO

Del comodato.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA NATURALEZA DEL COMODATO

ARTICULO 1741

El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato.

El precepto de este artículo es una ampliación del concepto del comodato expuesto en el anterior, confirmándose por él que la característica de dicha institución es, como tenemos dicho, que las cosas objeto del préstamo no sean fungibles, y que se den *por cierto tiempo y para su devolución específica.*

En sentido etimológico, comodato viene de *commodum*, que significa provecho, y según otros, de *cum modo*, expresión indicadora del aprovechamiento peculiar de la cosa por el comodatario; mas acéptese uno ú otro sentido, el comodato, en su sentido legal, se nos presenta:

a) *Como un contrato real;* pues para que exista, necesítase la entrega de la cosa, hasta el punto, que, como dice Noodt, *Non consensu perfici commodatum, sed traditione es consensu facta usus causa.*

b) *Por el cual y durante cierto tiempo, el comodatario adquiere el uso de ella, conservando el comodante su propiedad;* surge de aquí, que el uso es condición necesaria para la existencia del contrato. Si no hay uso, córrese el riesgo de que el comodato, como veremos más adelante, se convierta en *depósito*. Entregada la cosa con ese fin, nada resta que hacer al comodante, las obliga-

ciones todas son del comodatario, apareciendo aquí el aspecto *unilateral* de esta relación jurídica. Durante el tiempo que expresa, ó tácitamente se hubiere convenido, disfruta el comodatario del uso de la cosa. Esta condición de temporalidad es muy interesante en el comodato, porque sirve para distinguirle de otra relación jurídica, que no por omitida en el Código deja de tener existencia en la vida real, cual es el *precario*, estribando su modalidad en que, así como en el comodato la devolución debe estar condicionada por el término del uso, en éste se condiciona por la voluntad del prestamista; cuando él quiera la cosa volverá á su poder, háyala ó no usado el precarista. Un ejemplo esclarecerá la diferencia: si yo presto un libro á título de comodato para lectura ó para consulta, el comodatario podrá retener la obra ínterin no termine el uso para que se lo presté. Si doy el libro en precario, cuando quiera podré reclamar su devolución, y sin insistir más, porque sobre este punto hemos de volver al comentar el art. 1750, concluiremos fijando el alcance que con relación al dominio tiene la cosa prestada. Dícelo claramente el texto: el comodante conserva la propiedad. Los intérpretes iban más lejos aún; si el comodatario posee en nombre del comodante lo que él tiene, más que una posesión caracterizada es una simple tenencia. Por eso dicen: Pomponio, *Rei comodatae et possesionem et proprietatem retinemus;* y Noodt, *Habet igitur commodatarius nudam detentationen non possesionem.*

Esta determinación de los efectos en orden al dominio, es el aspecto más interesante del contrato, y hállase bien marcado en el texto legal, porque además de indicar la conservación de la propiedad por el comodante, excluye del uso el aprovechamiento de los frutos. Llévanos esto á tratar de las cosas que pueden ser materia del contrato.

Como regla general, y de acuerdo con la doctrina de Pothier, son dos las condiciones que han de reunir: la primera, que estén en el comercio de los hombres; la segunda, que no sean fungibles, salvo cuando se trate del préstamo *ad ostentationem;* la primera de las cuales la razona con su profundidad habitual el jurisconsulto

sulto Paulo, diciendo: *ubi auten et dantis et accipientis turpitudo versatur non posse repeti decimus* (ley 3.ª, Dig).

Así resulta, coordinando el art. 1741 con el 1271, que establece, con carácter general para todos los contratos, esa misma doctrina. Por eso no ha creído necesario nuestro Código repetir dicho principio, á diferencia del Código francés, en cuyo artículo 1875 se consigna expresamente. Objeto de comodato pueden ser las cosas muebles é inmuebles, si bien estas últimas constituyen excepción. Que las cosas no sean fungibles, es condición inherente del contrato. Y al disponerlo así el legislador, se conforma á las exigencias de la realidad. ¿Cómo podría el comodante conservar la propiedad de una cosa que tendría que consumirse por el uso que hiciera el comodatario? Por otra parte, las cosas fungibles, en las que no cabe separar el uso del consumo, por regla general y salva la excepción apuntada, no pueden ser objeto de este contrato, donde la parte obligada lo está á la restitución de la misma cosa recibida.

Hemos dicho que pueden ser objeto del comodato, no sólo los bienes muebles, sino también los inmuebles. Justifícase esto en primer término, porque ni en el art. 1740, ni el 1741, se prohibe, y en segundo lugar, porque en el derecho romano, precedente en éste como en otros muchos artículos, se admitió así. Cierto es que el primitivo derecho se distinguía entre el comodato referido á cosas muebles y el uso de las inmuebles. Así, el famoso jurisconsulto Labeon llamaba al primero *comodatum*, y al segundo *usum datum*. Pero esta distinción no prevaleció, y al recopilarse el *Edicto perpetuo* desaparece. Ya en tiempos de Cicerón el comodato abarcaba las dos especies de cesión de uso. Confro. Troplong (*Du Prêt*, cap. 1.º, núm. 37).

El comodato de cosas fungibles, llamado por los romanos préstamo *ad ostentatinionem*, ¿será válido con arreglo al derecho moderno? Hemos dicho ya que constituye una excepción, y á título de tal nos parece posible su admisión, no obstante los términos rigurosos del art. 1740, que habla única y exclusivamente de las no fungibles al referirse al comodato, pudiéndose inferir

de ellos la negativa en una interpretación restricta; mas como quiera que lo esencial, según ese mismo artículo, es que el uso no destruya la cosa para que su devolución pueda verificarse, no *in genere*, sino *in individuo*, entendemos que cuando esto suceda, habrá comodato y no simple préstamo.

Conexa con la interpretación y exégesis del art. 1741, hállase la cuestión de si puede ser objeto de comodato el préstamo de cosa ajena. De la letra del artículo parece inferirse la solución contraria, porque si el comodante conserva la propiedad de la cosa, mal puede ejercitar ese señorío y ese dominio quien de él carece. Y sin embargo, perfeccionado el contrato mediante su entrega, no puede negarse la eficacia de la relación jurídica creada, á tal punto, que los romanos admitieron que el poseedor de mala fe, comodante de cosas ajenas, aun siendo robadas, tendría la acción de comodato para pedir su devolución. No es incompatible con su ejercicio la acción reivindicatoria que para las cosas muebles concede el Código á sus propietarios; opinión seguida por Pothier entre los jurisconsultos franceses, por Laurent entre los belgas y por Gutiérrez entre nosotros (1).

Concluye el art. 1741 expresando que «si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato». Tales palabras constituyen una ratificación del segundo apartado del 1740, al reputar como esencialmente gratuíto este contrato. La claridad de la redacción de este concepto excusa todo comentario. La adición de una prestación cualquiera cambiaría la naturaleza del contrato, siendo ésta su nota distintiva, porque si se asemeja á la donación en constituir un beneficio para quien la recibe, al mutuo por ser una forma de préstamo, y al arrendamiento por transferir el uso de las cosas constitutivas de su objeto, diferénciase en no transmitir la propiedad y en rechazar toda especie de remuneración.

Precedentes.—Los constituyen en el derecho romano las le-

(1) Pothier, *Du Prêt à usage*, núm. 18; Gutiérrez, tomo 5.º, ob. cit., página 199 de la primera edición.

les 8.ª y 9.ª del tít. 6.º del libro 3.º del Digesto, y en el derecho patrio, la ley 1.ª del tít. 2.º de la Partida 5.ª, que contiene una admirable definición de este contrato, señalando la esencialidad de su carácter gratuito, al decir que comodato .. «se entiende cuando lo face por gracia o por amor, non tomando aquel que lo da, por ende, precio de loguero, nin de otra cosa alguna». En cuanto al carácter de la posesión que de la cosa tiene el comodatario, es interesante la ley 1.ª del tít. 8.º del libro 11 de la Novísima Recopilación, cuando afirma que «quien tiene la cosa en encomienda no posee propia y civilmente; pues estos tales no son tenedores por sí, mas por aquellos de quien la cosa tienen».

Concordancias.—El art. 1877 del Código francés determina que el prestamista conserva la propiedad de la cosa prestada, corolario del artículo anterior al reputar por esencialmente gratuito el comodato. Virtualmente reproducen la misma doctrina los artículos 1805 y 1806 del Código italiano, y siguen fielmente el texto francés el Código de Holanda en su art. 1777, y los Códigos de los cantones suizos y el federal de Obligaciones en los artículos que taxativamente hemos citado al exponer las concordancias del anterior. Guardan mayor analogía con el espíritu de nuestro Código, el de Baviera y el antiguo de Prusia, al decir el primero que «el comodatario no tiene el derecho de posesión, sino el de retención, y que no tiene derecho alguno á los frutos», expresándose en el segundo, que «el comodatario no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos á la cosa prestada (Cód. de Baviera, art. 5.º, cap. 2.º, libro 4.º; Código de Prusia, 238, sección 1.ª, tít. 21, parte 1.ª). Las leyes inglesas contienen concepto análogo del comodato. De los Códigos americanos, el de Chile, en su art. 2176, declara que el comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario. Prescripciones análogas contienen los artículos de los Códigos de Méjico, Guatemala, Venezuela y Uruguay, citados al comentar el art. 1740 del nuestro; siguiendo más fielmente al texto francés los de la Luisiana y Bolivia.

ARTÍCULO 1742

Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan á los herederos de ambos contrayentes, á no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación á la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada.

La claridad con que está redactado el artículo permite un brevísimo comentario, más para fijar su razón fundamental y su coordinación con otros preceptos legales, que para detallar su sentido y alcance.

Recuerda Laurent, que en la primitiva redacción del artículo 1875 del Código Napoleón, al establecer la finalidad del comodato constitutivo del uso de las cosas por el comodatario, se agregaban las siguientes palabras «para la satisfacción de sus necesidades»: frase rechazada por el Consejo de Estado, por estimarla redundante dado el contenido del precepto. Aun siendo ello así, demuestra que en la mente de los legisladores estuvo el carácter personalísimo dado al comodato. No podría decirse otro tanto de nuestro texto legal, porque ni el art. 1740 al definir el contrato, ni el siguiente al esclarecer su concepto con relación al dominio, como reproducción literal de los arts. 1630 y 1631 del Proyecto de 1851, contuvieron semejante concepto. Al expresar el que es objeto de este comentario que las obligaciones y derechos nacidos del comodato, pasan á los herederos de las partes, consagra la doctrina general á cuyo tenor contratamos para nosotros y para nuestros herederos, y porque éstos son los continuadores de la personalidad jurídica de su causahabiente adquieren el uso de la cosa objeto del comodato hasta la expiración del plazo convenido para el mismo. Nada importa que, los motivos fundamentales expresivos de la razón de ser en el orden filosófico de este contrato, sean de carácter personal, tales como la amistad, la generosidad ó la beneficencia, según decía Boutteville, la

benevolencia, la compasión ó una recíproca fidelidad, como expresaba Albisson (1), porque sirven también para expresar en casos generales que esos mismos sentimientos inspiradores de la dación de la cosa para su uso al comodatario, los tendrá también para los herederos de éste el comodante.

El párrafo último del artículo expresa que no serán transmisibles esos derechos y obligaciones á los herederos cuando «el préstamo se haya hecho en contemplación á la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada». De las mismas palabras se deduce el carácter excepcional confirmatorio de los principios apuntados. Ahora bien; la única cuestión que puede surgir es la de determinar en qué casos se reputará hecho el préstamo con carácter personal. En el silencio del Código, habrá que atenerse á reputar este caso regido por los principios generales reguladores de la prueba en materia de obligaciones, y tener además en cuenta que como cuestión de hecho, dependerá siempre de la apreciación de los Tribunales, soberanos para decidir de la existencia del hecho según las pruebas.

Precedentes.—Lo son en el derecho romano, las leyes 3.ª y 17, del título 6.º, del libro 3.º del Digesto; y en el derecho patrio consagró la misma doctrina la ley 5.ª del tít. 2.º de la Partida 5.ª

Concordancias.—Concuerdan con el espíritu y la letra de este artículo el 1879 del Código francés; 1807 del italiano, y 1780 del Código de Holanda. Consagran la misma doctrina los Códigos de los cantones suizos y el Federal de obligaciones (1963, Vaud; 1626, Valais; 1501, Neuchatel; 1822, Friburgo; 330, del Federal); y adoptan, con leves variantes en su redacción, el texto francés los Códigos de la Luisiana, art. 2868, y el de Bolivia en el 1899. El Código portugués, en el 1509, sienta la doctrina de la transmisibilidad á los herederos, y no consigna excepción algu-

---

(1) *Observations du Tribunat apud*, Locre, tomo 7.º, Discursos de Bouttevi-lle y d'Albisson.

na. En el Código de Chile se subordina la transmisión del derecho al uso de la cosa por los herederos del comodatario á lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 2180, que faculta á los herederos del comodante á pedir su restitución exceptuando el préstamo para un servicio particular que no pudiera diferirse ó suspenderse. Inspíranse en el texto francés el art. 2180 del Código del Uruguay; el 1993 del de Guatemala, y el 2791 del de Méjico; y copia al pie de la letra el texto español el 1700 del Código de Venezuela. Es digna de notarse como excepcional la legislación inglesa, en la que es el comodato convenio de carácter personal, salvo estipulación expresa en contrario, y la muerte ó el matrimonio de la mujer que hizo el préstamo producen de derecho la anulación de lo pactado.

SECCION SEGUNDA

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

ARTICULO 1743

El comodatario está obligado á satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada.

ARTÍCULO 1744

Si el comodatario destina la cosa á un uso distinto de aquél para que se prestó, ó la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito.

Comentamos juntamente estos dos artículos por referirse ambos á la principal obligación impuesta por el Código al comodatario en la tenencia y en el uso de la cosa; esto es, á su conservación, porque si ésta requiere gastos, lógico es que quien de ella se aprovecha los satisfaga, y además, porque el uso legítimo de la misma es un supuesto necesario de la conservación.

La obligación que al comodatario impone al art. 1743 de sa-

tisfacer los gastos ordinarios exigidos por la conservación de la cosa prestada, es consecuencia natural de la esencia del contrato. Préstase el uso, y para que éste tenga lugar es preciso efectuar determinados gastos inherentes á la naturaleza de la cosa dada en comodato. Prestado en este concepto un caballo, no sólo por ministerio de la ley, sino por razón de lógica, está que el prestatario le mantenga. Aprovéchase de él, le utiliza para la satisfacción de sus necesidades, ¿qué menos podría pedírsele, sino que sea de su cuenta la nutrición? Por otra parte, si la cosa ha de ser devuelta á su dueño exigiendo gastos de esa naturaleza, es claro, que de no efectuarse perecerían, y al perecer se imposibilitaría su devolución específica, condición *sine qua non*, del comodato.

La forma empleada por el Código para expresar este deber, difiere de la tradicional que han adoptado los Códigos modernos. A su tenor bastaba decir, que el comodatario estaría obligado á la diligencia de un buen padre de familia en la conservación de la cosa; y sin embargo, se ha prescindido de la fórmula consuetudinaria en casos tales, prefiriendo el legislador imponer la obligación del abono de los gastos ordinarios que sean menester para el uso de las cosas. La razón de esta variante estriba, en haber querido precisar mejor que lo estaban en el derecho tradicional, la prestación de las culpas en el comodato, uno de los puntos peor definidos y de mayores dificultades en la práctica. Así la antigua jurisprudencia, inspirada en las leyes romanas y en las opiniones de Quinto Mucios Scaevola y de Ulpiano (Ley 5.ª, párrafo 4.º del Digesto, De Com.), exigía del comodatario en la conservación de la cosa el mayor cuidado, y hacíale responsable de la culpa levísima. Traducía también este sentir nuestra ley de Partida al exigirle diligencia mayor que para las cosas propias, y sólo cuando el comodato se hacía en utilidad de ambas partes prestábase la culpa leve, y la lata cuando cedía en beneficio del comodante.

Los tratadistas de derecho natural, como Puffendorf y Barbeyrac, discutieron largamente estas cuestiones, pero sus dispu-

tas más interesan á la evolución de las ideas jurídicas que á la exégesis de este artículo.

Abolida en el derecho moderno esta clasificación de las culpas, la especial redacción del art. 1743 explica con notoria claridad cuáles son y hasta dónde llegan las obligaciones que para la conservación de la cosa tiene el comodatario: sufragar los gastos ordinarios originados por el uso y conservación de la misma; he ahí su deber.

Consigna el art. 1744 la que pudiéramos llamar obligación del uso legítimo de la cosa. Queremos decir con esto que el comodatario, según la ley, ha de usar la cosa conforme á su naturaleza, derivada de la convención y por no más tiempo de aquel para que fué prestada.

Los romanos consideraban el uso ilegítimo de la cosa dada en comodato como un verdadero robo, y así lo califican Labeou y Scævola, fundándose en que, si bien no recaía en la cosa, afectaba al empleo de la misma. Pothier pretendió convalidar tales reglas en el derecho moderno; pero ni los redactores del Código de Napoleón, ni los jurisconsultos de nuestros días, han seguido en este punto al eminente civilista francés. Como dice Gutiérrez, el derecho moderno se contenta con establecer dos capitales principios, á saber: que el comodatario que traspasa los límites del contrato: 1.º, está sujeto á la indemnización de daños y perjuicios; y 2.º, responde de la pérdida ocurrida por caso fortuito durante el ejercicio de un uso ilegítimo ó por más tiempo del pactado.

En estos principios se inspira el artículo 1744, hasta el punto de que pueda tomarse como una transcripción de los mismos su texto.

El precepto no solamente es justo, sino que, además, es la aplicación al comodato del derecho común en todos los contratos, la aplicación de la mora, tal como explica su existencia el párrafo 2.º del art. 1100, porque además del retraso en el cumplimiento de la obligación—que en este caso lo es la devolución en el plazo convenido de la cosa prestada—, existe ó puede

existir violación contractual. En sentir de Duranton, abona la imposición de esa responsabilidad una presunción, y es la de que el comodatario que usa la cosa ilícitamente ó por más tiempo del estipulado, consiente tácitamente en tomar sobre sí los riesgos sobrevenidos á la cosa. Estimamos exagerada la presunción, porque no hablando el Código más que del caso fortuito, no puede interpretarse, y más tratándose de una sanción que tiene un cierto carácter penal, con mayor rigor del que en sí mismo contiene el precepto legal.

Pothier, entre los franceses, y Gutiérrez, entre nosotros, sostienen que si el comodatario justificara el consentimiento del comodante para usar la cosa durante más tiempo, no habría lugar á esta exigencia. Esto es realmente una aplicación de los principios de equidad y de un consentimiento presunto; mas como quiera que éstas presunciones sólo pueden deducirse de hechos, mientras no los haya sería temeraria una interpretación del Código en este sentido, y menos puede decirse, aunque otra cosa sostenga Troplong, que deba interpretarse con arreglo á la equidad en todos los casos. Así sucederá cuando el rigor de la ley no lo prohiba.

Precedentes.—Constitúyenlos en las leyes romanas la 18, en su párrafo 2.º del tít. 6.º del libro 13 del Digesto (*Cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset*) por lo que respecta al art. 1743, y el párrafo 1.º de la misma ley, guardadas las salvedades apuntadas en el comentario por lo que atañe al precepto contenido en el 1744 (*In rebus commodatis talis diligentia praestanda est qualem quisquae diligentissimus pater familias suis rebus adhibet.*

En el derecho patrio, es precedente, en sentido estricto, del artículo 1743 la ley 7.ª del tít. 2.º de la Partida 5.ª «Caballo, ó siervo, ó otra cosa semejante destas, tomando un ome de otro prestada, el que lo rescibe, tenudo es de darle de lo suyo, que coma é todas las cosas que fuesen menester de mientras que se sirviere della». El Proyecto de Código de 1851 inspiró con su artículo 1633 la redacción del precepto vigente en la materia, y

el 1634 difiere en disponer que cuando la convención no regula el uso á que la cosa ha de destinarse, lo sea por la costumbre de la tierra, respondiendo en otro caso de los daños y perjuicios.

En el artículo siguiente, concuerda estrictamente su párrafo 1.º con el art. 1744 vigente, mas contiene aquél un segundo párrafo, á cuyo tenor si el comodatario salvó todas las cosas de su propiedad y perdió la prestada, pagará ésta por entero; si únicamente salvó parte de sus cosas, se deducirá á prorrateo el daño, y esto mismo se observará si salvó la cosa prestada y perecieron las suyas propias en todo ó en parte. Rindieron con este precepto los autores del Proyecto de 1851 un homenaje á nuestro derecho tradicional, que contenía esta misma regla en la ley 5.ª, tít. 5.º, libro 5.º, del Fuero Juzgo, reputada con razón por Goyena como más ajustada á las exigencias de la realidad que las leyes romanas (32, tít. 3.º, libro 16 del Digesto), y la francesa estatuída en el art. 1882 del Código. Su omisión en el Código vigente no nos parece justificada.

Concordancias.—Concuerdan con los que son objeto de este comentario los arts. 1880 y 1881 del Código francés en cuanto á su espíritu, pero difieren en su letra, singularmente el primero que mantiene, para determinar la obligación del comanditario con relación á la conservación de la cosa, la fórmula tradicional del derecho romano ó sea la diligencia del buen padre de familia. Siguen la redacción del texto francés los Códigos siguientes: italiano, arts. 1808 y 1809; holandés, 1781 y 1782; portugués, en el 1514; pero en cuanto á las responsabilidades equipara en el 1515 las del comodatario á los del depositario. Entre los Códigos de los cantones suizos, le siguen también el de Vaud, arts. 1364 y 1365; Valais, 1627 y 1628; Friburgo, 1823 y 1824; Berna, 743; Neuchatel, 1503 y 1505, y el Federal de las obligaciones 323 y 324, autorizando este último al comodatario para exigir el abono de los gastos extraordinarios hechos para la conservación de la cosa al comodante. A tenor de las leyes inglesas, el comodatario ha de poner el más diligente esmero en el comodato, mayor aún, según dicen, que el que para las cosas propias tiene el comodatario. De los

Códigos americanos adoptan el texto francés, los de Bolivia, artículos 1890 y 1891, y la Luisiana, 2869 y 2870. El de Chile, consecuente con la clasificación de las culpas, exige en el 2178 al comodatario el mayor cuidado, declarándole responsable de la culpa levísima y del caso fortuito por el uso indebido, ó por la utilización de la cosa durante mayor plazo del convenido, ó por la propia culpa levísima. Concuerdan más estrictamente con nuestro Código y el francés, el de Méjico, arts. 2791 y 2792; Guatemala, 1935 y 1936; Uruguay, 2182 y 2183; copian literalmente nuestro texto los de Honduras y Venezuela.

ARTÍCULO 1745

Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, á no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad.

El Sr. Falcón dice de este precepto, que es completamente nuevo en nuestro derecho, «porque ni estaba en las leyes de Partida ni de él daban cuenta los jurisconsultos, si bien el precepto no es nuevo en otras legislaciones», concluyendo por criticar severamente la disposición legal al estimarla como «uno de tantos preceptos como se reproducen de Código en Código, de legislación en legislación, sin examen ni más razón que porque vienen así establecidos desde tiempo antiguo» (1).

No estimamos justa esta crítica, porque la disposición del Código responde á una presunción de la voluntad de los contratantes, porque no otro significado puede tener la tasación de la cosa, sino es la del abono de su importe al comodante cuando la cosa parezca por culpa ó caso fortuito, hallándose en poder del comodatario.

Cierto es que el texto romano, precedente legal, como luego veremos, de este precepto, originó grandes disputas entre los glo-

(1) Obra citada, tomo 4.°, pág. 353.

sadores y suscitó entre jurisconsultos como Domat y Pothier dudas sobre su interpretación, pero no podemos suscribir á la opinión de quienes estiman que tal tasación cambia en mutuo el comodato. Tanto valdría esto, como modificar esencial y sustancialmente la finalidad del art. 1745. La tasación practicada no causa venta ni transfiere el dominio, y ha de presumirse, según Gutiérrez, que es una precaución tomada por el comodante para asegurarse la restitución de la cosa ó de su importe, y que así es lo prueba el mismo texto exigiendo expreso pacto en contrario para librar al comodatario de esta responsabilidad.

No puede equipararse á la venta como algunos autores han sostenido, porque concordando el artículo con sus antecedentes, si el comodante continúa siendo el propietario de la cosa prestatada, y esta su función dominical es de esencia en el comodato y origina como consecuencia su restitución, sería violentar el sentido del texto legal profesar tal creencia. El alcance y la exégesis dada al texto, podrá parecer sutil á algunos, pero es la más conforme á la mente del legislador. Cierto que si la tasación implica el deber para el comodatario de restituir el precio, si la cosa se pierde, parece que en rigor debiera exigirse el consentimiento expreso, pero á este argumento cabe contestar que el consentimiento puede inferirse de la omisión del pacto contrario, necesario según el artículo para eludir la responsabilidad (1).

Precedentes.—Le constituye en el derecho romano aquel bello texto de Ulpiano, que es la ley 5.ª, párrafo 3.º, tít. 6.º, libro 13 del Digesto: *Si forte res æstimata data sit omne periculum prestandum ab eo, qui æstimattionem se præstaverum recipit.* Como arriba indicamos, los glosadores discutieron mucho el alcance de este texto. Acursio y Bartolo, sostuvieron que aludía sólo al caso de fuerza mayor, opinión suscrita por Domat. Panorme, corroborado en los tiempos modernos por Bruneman y Pothier, piensa que se refiere á la culpa del comodatario. Este precepto,

---

(1) Véase sobre este punto los comentarios de Pothier á la doctrina de Ulpiano. *Du prêt a usage*, núm. 62.

cualquiera que sea su alcance, no fué incluído en ninguno de nuestros antiguos Códigos, siendo preciso llegar hasta el Proyecto de 1851 para encontrar en su artículo 1635 el precedente inmediato del texto legal.

Concordancias.—Concuerda á la letra con el art. 1883 del Código francés, y en este texto se inspiraron el 1811 del Código italiano; 1784 del holandés; 1367 del Código del cantón de Vaud; 1630, Valais; 1826, Friburgo; 1505, Neuchatel. Es de notar que el Código federal suizo de obligaciones, no contiene disposición semejante, como tampoco se prescribe nada parecido en el Código de Portugal, antes bien, para que la pérdida de la cosa por caso fortuito corra de cuenta del comodatario, es preciso pacto expreso en que así lo acuerden las partes. De los Códigos americanos siguen al francés los de Bolivia y la Luisiana en sus arts. 1893 y 2872 respectivamente; Méjico, 2793; Guatemala, 1937 y Uruguay, 2184. El Código chileno no tiene disposición parecida, limitándose á detallar numéricamente, en el artículo 2178, los casos en los que el comodatario responde del caso fortuito, enumeración copiada por el de Venezuela, que no obstante la fidelidad con que sigue á nuestro Código, se aparta de él en esta materia.

ARTÍCULO 1746

El comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan á la cosa prestada por el sólo efecto del uso y sin culpa suya.

ARTÍCULO 1747

El comodatario no puede retener la cosa prestada á pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas.

ARTÍCULO 1748

Todos los comodatarios á quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella, al tenor de lo dispuesto en esta sección.

En los artículos anteriores á los que son objeto de este comentario, el Código ha definido de una manera positiva las obligaciones del comodatario, y en éstos, singularmente en el 1746 y1747, formula con locución negativa otra obligación, implícita en la esencia misma del comodato, cual es la devolución de la cosa objeto del mismo, delarando además en el 1748, solidarias las responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones definidas en la sección, cuando fueren varios los comodatarios á quienes se hubiere hecho el préstamo conjuntamente.

Dice el art. 1746, que el comodatario no responde de los deterioros inherentes al uso de la cosa prestada; y tan natural es esta declaración, y tan precisa la frase empleada por el texto legal, que aleja toda dificultad en su inteligencia, y excusa, por ende, todo linaje de comentarios y explicaciones, bastando la simple lectura del texto para darse cuenta de su alcance. Las cuestiones que, llevando la exégesis hasta su extremo límite, pudieran plantearse sobre cuál sea en la mente del legislador el deterioro sobrevenido en la cosa por el solo efecto de su uso, serán siempre cuestiones de hecho reservadas á la libre apreciación de los Tribunales, siendo de aplaudir el carácter general de la disposición, y que el Código haya prescindido de peligrosas enumeraciones, pues en otro caso hubiera incurrido en las dificultades inherentes á todo precepto casuístico.

Al disponer el art. 1747 que no pueda el comodatario retener la cosa en su poder, á pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas, ratifica la segunda y principal obligación que tiene; esto es, la devolución al comodante, porque si el art. 1740 al definir el comodato lo caracteriza por el préstamo de uso, y en el 1741 se afirma la subsistencia del dominio en favor del comodante, impuesta está, por ministerio de preceptos tales, la restitución. ¿Cuándo debe verificarse esta? No hay en los artículos comentados ninguno que lo precise con aquella claridad con que lo hacía la ley de Partida, al decir que «luego que el servicio fuese fecho ó el tiempo cumplido, tenudo es de la tornar á su señor» pero si entre las obliga-

ciones del comodatario no está señalada la época de la restitución, al detallar el Código en la sección siguiente las que llama impropiamente obligaciones del comodante, da entender el artículo 1750 que la restitución se hará:

a) Al espirar el plazo por el cual se prestó.

b) En defecto de convenio fijando aquél, cuando el comodatario la hubiere usado con arreglo á lo pactado.

c) Si no se fijó el uso á que había de destinarse, éste se regulará por la costumbre de la tierra.

En los dos primeros casos concluye el comodato *ipso jure*. En el último, se entiende terminado por la tácita según la costumbre del lugar. Deberá hacerse en todas ellas la restitución al dueño ó á su representante legítimo, en el lugar del contrato si se hubiere estipulado, en el domicilio del comodante, ó en el lugar en que habitualmente estuviere la cosa.

La finalidad principal del art. 1747, es resolver si el comodario goza del dere cho de retención sobre la cosa á título de prenda de lo que el comodante le deba, haciéndolo en sentido negativo y agregando que ni siquiera por razón de expensas puede retenerla. Adviértase la notable diferencia que existe entre el depósito y el comodato. En aquél (art. 1780) puede el depositario retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le debe por razón del depósito, y en el comodato no. La diferente naturaleza de uno y otro contrato, explican la diversa condición de las partes, y por qué la ley concede al uno lo que al otro niega. El precepto del Código lo razonaba bien Goyena, al comentar el texto similar del Proyecto de 1851, diciendo: «Sería en extremo duro que el comodante, después de beneficiar al comodatario, y concluído el uso de la cosa, se viere privado de gozarla so color de expensas más ó menos ciertas y justas.» Desde el punto de vista de los glosadores y con Pothier, podría criticarse el art. 1747, diciendo que el comodatario tiene de común con todos los que hacen gastos para la conservación de una cosa el *veluti quodam pignoris jure*, pero á esto cabe argüir. que así como el comodante no puede abandonar la cosa para eximirse

de sus obligaciones de abonar pagos legítimos, el comodatario, para reclamar su importe, tiene siempre expedita la acción derivada del contrato.

Todos los comodatarios á quienes se presta conjuntamente una cosa, responden solidariamente de ella. Este precepto, contenido en el art. 1748, contradice el principio de la mancomunidad en que se inspiraba el antiguo derecho, de que es testimonio la ley 5.ª del tít. 2.º de la Partida 5.ª, en la cual hubo de inspirarse el proyecto de 1851. Es discutible el acierto de la innovación, cuyo fundamento no ha podido ser otro, sino el de garantizar de un modo eficaz los derechos del comodante.

Las colecciones de Justiniano, dice Gutiérrez (1), presentan en este punto dos textos célebres cuya contradicción preocupó grandemente á los jurisconsultos, la ley 5.ª, párrafo 15 del Digesto, tomada del comentario de Ulpiano al Edicto del Pretor, y en la cual, indudablemente, se ha inspirado el Código vigente al establecer la solidaridad, y la 21 del párrafo 1.º, extractada del libro 8.º de las Cuestiones de Africano, que establece la obligación mancomunada á los efectos de la restitución.

Sobre la obligación del comodatario á la restitución de la cosa, la doctrina sostenida en estos comentarios, hállase amparada por una interesantísima sentencia, en la que el Tribunal Supremo ha fijado con verdadera precisión la doctrina legal referente á este contrato, y si bien sus fundamentos legales son los de las leyes de Partida, como en lo esencial están conformes con la del Código, creemos será siempre oportuna su aplicación. Dice así: «Si bien en el contrato de comodato conserva el comodante el dominio de la cosa prestada, y cumplido el término ó realizado el uso para que se prestó, es obligación ineludible del comodatario devolver la cosa misma á su dueño, ó abonarle los perjuicios si por culpa del comodatario se hubiere perdido ó deteriorado aquélla, es evidente que tratándose de valores públicos, al deferir la Sala sentenciadora á la pretensión del como-

(2) Obra y tomo citados.

dante de que la cantidad prestada le sea devuelta por el comodatario en títulos de igual clase que los que constituyeron el contrato, aplica debidamente la ley 9.ª del título 11 de la Partida 5.ª» (Sentencia de 21 de Marzo de 1895.)

Precedentes.—Lo son en el derecho romano, del art. 1746, la ley 10, tít. 6.º del libro 13 del Digesto; del 1747, la ley 4.ª del título 23 del libro 4.º del Código, y del art. 1748, el pasaje ya citado de Ulpiano como ley contenida en el Digesto. En el derecho patrio, puede invocarse como precedente en sentido estricto del primero de esos artículos, la ley 3.ª del tít. 2.º de la Partida 5.ª En cuanto al art. 1747, la ley 9.ª del mismo título y Partida, sostiene la doctrina contraria, en cuanto si bien niega el derecho de retención por gastos del comodatario antes del préstamo, lo afirma por gastos é impensas necesarias para la conservación de la cosa. Finalmente, la doctrina sostenida en el artículo 1748 á título de excepción, está contenida en la ley 5.ª del título y Partida citados. En el Proyecto de 1851, contienen análogas disposiciones los artículos 1637 y 1638, diferenciándose el 1639 del 1748 vigente en sostener la doctrina de la obligación mancomunada en lo comodatarios conjuntos.

Concordancias.—Concuerdan á la letra con estos artículos de nuestro Código el 1884, 1885 y 1887 del francés, siendo de notar en él, el precepto contenido en el art. 1886, al prescribir que si para la utilización de la cosa hizo algún gasto el comodatario, no puede exigir indemnización. El Código italiano tiene idénticas prescripciones á las de los artículos 1746 y 1748, en los suyos 1812 y 1814, concordando el 1813 con el 1886 del Código Napoleón. El holandés, concuerda con los nuestros en sus artículos 1785, 1786 y 1788. De los cantones suizos, concuerdan el de Vaud en el 1366, 1370 y 1371; Valais, 1631 y 1633; Neuchatel, 1506 y 1508, Friburgo, 1827 y 1829. El federal de las obligaciones, establece la solidaridad en el 320. El Código de Portugal consigna también la obligación solidaria en el artículo 1520, y en cuanto al derecho de retención, lo prohibe en el párrafo 1.º del art. 1521, cuando trata de las obligaciones del

comodante de indemnizar al comodatario por los gastos extraordinarios é inevitables. De los Cónigos americanos, siguen literalmente los textos franceses, el de la Luisiana, en sus artículos 2872, 2875 y 2876 y Bolivia, en el 1894 al 1897. El Código chileno prohibe la retención de la cosa cuando se pretenda con ella garantir el pago de deudas del comandante, pero sí se podrá ejercitar ese derecho para obtener la indemnización de los perjuicios que lo hubiere ocasionado la mala calidad de los objetos prestados, si conocida por el comondante no la hubiere declarado (art. 2193 en relación con el 2182). El carácter solidario se establece en el art. 2189. Contienen disposiciones análogas los de Méjico, 2801 á 2804; Guatemala, 1940 á 1942 y Uruguay, 2190 á 2193. El Código de Venezuela concuerda con los arts. 1746 y 1748 en los suyos 1703 y 1705, no diciendo nada respecto al derecho de retención.

SECCIÓN TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE

ARTÍCULO 1749

El comandante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluído el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.

ARTÍCULO 1750

Si no se pactó la duración del comodato ni el uso á que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla á su voluntad.

En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

Siguiendo el Código al Proyecto de 1851, como éste á su vez había segido al Código francés, consagra una sección á deter-

minar las que llama «obligaciones del comodante». Dícese, sin embargo, que como el comodato es un contrato unilateral, no hay en él deberes ni obligaciones más que para el comodatario; y por eso afirma Laurent, que la pretendida obligación de prestar el uso de la cosa, antes que deber del comodante, es condición *sine qua non* para la existencia del contrato; librar la cosa al prestatario para que de ella se sirva, es su finalidad, y creada de esta suerte la relación jurídica no hay obligación ninguna para el prestamista. Aun las de abonar las impensas extraordinarias é indemnizar al comodatario de los daños que la utilización le produzca por vicios y defectos en la cosa de él conocidos, no son realmente obligaciones que nazcan de la estipulación misma, sino que se fundan en otros supuestos distintos. ¿Cuáles sean éstos? Para Gayo tales deberes del comodante están en una causa natural, en un motivo racional *justa causa naturalitatione* (Ley 18, párrafo 2.º, Digesto, Com.). Paulo los encuentra fundados en la equidad, y señala el cuasicontrato como fundamento de la acción contraria, porque de la misma suerte que el gestor de los negocios de un ausente hállase obligado á no abandonarlos, el comodante está obligado á procurar la consumación del contrato, sin lo cual, antes que un servicio, habría para el comodatario un desengaño. Por esto, en la evolución histórica de las instituciones jurídicas, según el sentir de los más sabios romanistas (Savigni, Ihering, Mainz), las obligaciones tácitas del comodante en sus orígenes, sólo producían á favor del comodatario una excepción para eludir la demanda intentada contra él; pero después pareció justo investirle de una acción personal y la obtuvo del magistrado, cuando simultáneamente se iniciaba el desenvolvimiento de las nacidas de los cuasicontratos. Los autores modernos, unánimes en reconocer el carácter unilateral del comodato, basan los deberes del comodante en la equidad (Gutiérrez); y cuando tratan de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios originados por los vicios ocultos de la cosa, conocidos del comodante, la derivan de la culpa, ó mejor del dolo (Laurent). Y dejando ya esta generalización crítica de la sec-

ción, estudiemos ahora el alcance de cada uno de los artículos que la integran.

El primero de ellos, exige del comodante el respeto al uso de la cosa por el comodatario, sin que pueda reclamarla antes de la conclusión de aquél. Dicho queda el fundamento de esta prescripción legal al indicar su contenido como un supuesto necesario del contrato. Agrega el Código: «Sin embargo, si antes de estos plazos tuviera el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.» Si de un lado se confirma con esta excepción el carácter unilateral del comodato, de otro estriban los fundamentos en una presunción racional y lógica, la de que el comodante ha cedido el uso de la cosa por no necesitar él de ella. Lo dispuesto por el Código constituye una innovación en el derecho tradicional, porque ninguna de nuestras antiguas leyes sancionaban que pudiera el comodante, antes de finido el plazo, pedir la restitución de la cosa. Goyena, razonando análogo precepto del Proyecto de 1851, dice ser aquélla una presunción *juris et de jure;* siendo condición natural inherente á toda prestación en comodato, y que merece incondicional aplauso el legislador por haberla sancionado.

Nueva es también en la legislación patria la disposición contenida en el art. 1750, siquiera no lo sea tanto en la jurisprudencia. La disposición consignada en su primera parte es la misma doctrina del *precario*, porque la relación contractual creada en esas condiciones jurídicamente no tiene otro nombre, y aun cuando el Código no se lo dé, nunca mejor aplicado el viejo proverbio francés de *le non ne fait rien á le chose*. En efecto, ¿cuál otra si no la situación del precarista es la del comodatario que tiene la utilización de la cosa á merced y á voluntad del comodante?; de suerte que la hipótesis formulada por el legislador en este artículo, para decirlo en términos de escuela, se convierte en la tesis del precario. Por esto, cuando ella se dé en la realidad, recordando las enseñanzas de la jurisprudencia, el comodatario no responderá más que del dolo y de la culpa lata. Su característica estribará en la instabilidad toda vez que,

según la enérgica expresión del Código, puede el comodante reclamar *á su voluntad* la devolución de la cosa. Sirve también para diferenciarle del comodato verdadero, en el cual, los plazos—y este mismo artículo implícitamente lo declara—se fijan por la voluntad, por la espiración del uso hecho por el comodatario, y cuando no, por la costumbre de la tierra.

La jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo fijó con verdadera claridad la naturaleza de esta variedad contractual del comodato, al resolver la posibilidad de los desahucios en el precario, definiendo el uso de la cosa por la mera tolerancia de su dueño, á tal punto que, cuando ésta acaba concluye aquél. Así lo establecen, entre otras, las sentencias de 23 de Diciembre de 1878 y de 16 de Junio de 1880. En cuanto al alcance del art. 1749, nuestro primer Tribunal ampara la doctrina por nosotros expuesta, al declarar que «el supuesto de que el art. 1749 no consiente la fijación de plazo convencional para la duración del comodato», es opuesto al mismo artículo que contiene la palabra *plazos* y á los 1744 y 1750, que se refieren al tiempo convenido y al pacto sobre duración del mismo contrato. (Sentencia de 18 de Junio de 1900.)

Precedentes.—Del art. 1749 encontramos en el derecho romano la ley 17, párrafo 3.°, tít. 6.° del lib. 13 del Digesto, que contiene una de las más bellas sentencias de Paulo; y de un modo más explícito, pues en ella encontró su inspiración, según confesión de García Goyena, el Proyecto de 1851, antecedente inmediato, por su art. 1640, del texto vigente, la ley 9.ª del título 2.° de la Partida 5.ª

En el tít. 26 del lib. 45 del Digesto, hállase el precedente romano del art. 1750, claro es que con una mayor riqueza en su contenido jurídico, porque aquellos sagaces jurisconsultos matizaron admirablemente las diferencias entre el comodato y el precario. En el derecho patrio sólo la jurisprudencia desenvolvió, en no muchos casos ciertamente, la doctrina, siendo preciso llegar al Proyecto de 1851 para encontrar, con levísima variante de estilo en el art. 1641, el patrón de donde se ha calcado la dis-

posición comentada; pues hasta su último párrafo, donde se dispone que la prueba en caso de duda corra á cargo del comodatario, es copia literal de aquél, justificándose la disposición, según Goyena, porque la prueba es de quien afirma y se presume, á favor del comodante que hace el beneficio.

Concordancias.—Concuerda el art. 1749 con el 1888 y 1889 del Código francés, copiados por los Códigos italianos en los artículos 1815 y 1816; holandés, 1789; 1513 del portugués; 234 del antiguo Código prusiano (sec. 1.ª, tít 21, párrafo 1.º); 996 y 997 del austriaco. De los Códigos de los cantones suizos, inspíranse también en el texto francés, el art. 1372 y 1373 del Código de Vaud, 1634, Valais; 1508, Neuchatel; 1830, Friburgo; 741, Berna; 580, Lucerna; 321, federal de obligaciones. De los americanos, los de Bolivia y la Luisiana, calcan los artículos del Código Napoleón en los suyos respectivos 1898 y 2877. El Código de Chile formula, en el art. 2180, este precepto, al indicar como una obligación del comodatario la devolución de la cosa si surge para el comodante una necesidad imprevista y urgente de la misma. El Código de Venezuela, consagra el mismo principio en su art. 1706; el de Colombia, en el segundo apartado del 2205; el del Uruguay en los 2195 y 2196, y el de Méjico en el 2806.

Importa hacer notar que en la mayoría de los artículos y Códigos citados, empezando por el francés, modelo de casi todos ellos, la necesidad imperiosa é imprevista que justifica la devolución de la cosa antes de la espiración expresa ó tácita del plazo convenido, se reserva á la apreciación de los Tribunales, omitiéndose en el nuestro esta facultad concedida á los jueces.

En cuanto al art. 1750, son poquísimas las concordancias que pueden registrarse, guardando silencio sobre el precario la mayoría de las legislaciones, y dejándolo á las decisiones de la jurisprudencia. De los Códigos europeos, puede citarse el de Austria, del cual tomó su art. 1641 el Proyecto de 1851, sin otra modificación que la de suprimir el último párrafo del aus-

triaco, que dice así: «En este caso no se forma—y con ello se da su verdadero nombre á la relación creada—sino un préstamo precario.» También el Código portugués, en su art. 1512, preceptúa que la indeterminación del uso de la cosa faculta al comodante para exigirla cuando le parezca, resolviéndose las dudas por la sola declaración de aquél. Entre los Códigos americanos, con su envidiable claridad, el de Chile, en el art. 2194, dice: «El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo.» Añadiendo en el 2195 «que también se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución, constituyéndolo también la tenencia de cosa ajena sin contrato, y por ignorancia ó mera tolerancia de su dueño».

ARTÍCULO 1751

El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato por la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro.

ARTÍCULO 1752

El comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá á éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido.

Brevísimo comentario necesitan estos dos artículos, porque la precisión de su estilo excusa de enojosas aclaraciones, y la bondad de los principios en que se inspira evita hondos análisis para razonar las disposiciones en ellos contenidas.

El comodante está obligado á satisfacer los gastos extraordinarios hechos por el comodatario para la conservación de la cosa, á condición de haber sido avisado por éste antes de ejecutarlas.

El fundamento es obvio. Con la diligencia del buen padre de familia, según la fórmula tradicional, ó satisfaciendo los gastos ordinarios, según el art. 1743, es como el comodatario está obligado á velar por la conservación del préstamo. Ahora bien: alguna vez ocurrirá la necesidad de un gasto extraordinario impuesto para esa misma conservación, y porque sería injusto cargárselos á él, constituyendo un gravamen odioso, es de cuenta del comodante el abono, pues éste, á título de señor y de dueño de la cosa, verá si le conviene hacer ó no el gasto en razón á la utilidad reportada por la cosa, ó en último término, para que decida por su soberana voluntad. He ahí la razón del aviso que la ley obliga á dar al comodatario; es un homenaje al señorío, al dominió, al derecho de propiedad. Como excepción única, admítese la de que fuese tal la urgencia que implicara un verdadero peligro la demora de su realización por esperar el aviso, y ello aparece tan racional, que basta la simple enunciación del precepto para declararlo plenamente justificado.

De no menos evidente justicia es el precepto consignado en el art. 1752. El comodante está obligado á descubrir al comodatario los defectos de la cosa prestada, pues de lo contrario responde de los daños y perjuicios. Descontado está que tal indemnización se basa en el supuesto de su conocimiento; si los desconoce, si prestó la cosa obrando de buena fe, no hay caso ni motivo para indemnizar, estribando la diferente solución de la ley cuando se trata de la venta ó del alquiler en ser estos contratos lucrativos para el vendedor ó el arrendador, mientras que el comodato es absolutamente gratuito. La indemnización exigida por la ley, es una justísima sanción de la falta cometida por el comodante escudándose en un supuesto beneficio. Como dice Troplong, si el comodatario viene á demandaros un servicio y hacéis degenerar este servicio en una causa de daño, cometéis una traición. «¿Qué epíteto bastante odioso, pregunta Goyena, puede darse al hombre que so color de favorecer presta á sabiendas una cosa que no puede ser empleada sin comprometer la vida, salud ó fortuna del que la ha de usar? La simple repa-

ración del mal, puede no ser muchas veces suficiente castigo de la odiosa perfidia que se atreve á tomar la máscara de la beneficencia.» Si el defecto fuera conocido del comodatario, ó fuera tan notorio que se revelara á la inspección más somera, en tal caso cesaría, á nuestro parecer, la responsabilidad del comodante; en casos tales, la advertencia resultaba ociosa, y si el préstamo se realizó, debe presumirse en el comodatario la voluntad de correr el riesgo aparejado con el uso de la cosa, ó la posesión de los medios para precaverle.

No habla el Código de los derechos del comodante ni de las acciones que le corresponden; resultan aquéllos de las obligaciones del comodatario, y éstas son dos, la nacida del contrato, ó sea la de comodato, y la reivindicatoria derivada de su derecho de propiedad; claro es que el ejercicio de la primera, como personal, sólo puede dirigirse contra el comodatario y sus herederos; la segunda, es acción real y puede ejercitarse contra cualquiera detentador de la cosa.

Precedentes.—Los del art. 1751 son en el derecho romano, la ley 18, párrafo 2.° del tít. 6.°, del libro 13 del Digesto, ya citada en el comentario al art. 1743; en el derecho patrio, la ley 7.ª del tít. 2.° de la Partida 5.ª Del art. 1752, encontramos en el Digesto la ley que dice: *Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condenamdus eo nomine est* (pár. 3.° de la citada anteriormente), reproducido hasta con el mismo ejemplo de la vasija por la ley 6.ª, título 11, Partida 5.ª

Concordancias.—Casi todos los Códigos contienen, al regular el comodato, idénticas disposiciones, concordando con los artículos comentados el 1890 y 1891 del Código francés; 1817 y 1818, del italiano; pár. 1.° y 2.° del 1521, en el de Portugal; 1789 y 1790, del holandés; 981, del austriaco; 1374 y 1375, cantón de Vaud; 1636 y 1637, de Valais; 1510 y 1511, del de Neuchatel; 1833, adicionado, y 1834, del friburgués; pár. 2.° del 323, del Código federal de obligaciones de Suiza. Entre los americanos, concuerdan exactamente los de Bolivia y la Luisiana en sus

artículos 1900 y 1901, el primero; 2879 y 2880, el segundo; 2191 y 2192, del Código de Chile; 2198 y 2199, del de Uruguay, y 2807 y 2808, del mejicano.

CAPÍTULO II

Del simple préstamo.

ARTÍCULO 1753

El que recibe en préstamo dinero ú otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.

ARTÍCULO 1754

La obligación del que toma dinero á préstamo se regirá por lo dispuesto en el art. 1170 de este Código.

Si lo prestado es otra cosa fungible, ó una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual á la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.

Concepto jurídico del simple préstamo.—Al comentar el artículo 1740 justificamos cumplidamente la índole de contrato real del préstamo como característica de esta relación jurídica, y si del comodato hemos afirmado su condición de unilateral, esta misma afirmación impone la definición legal que del mutuo ó simple préstamo da el art. 1753. El mutuante, entregada la cosa al mutuatario, no contrae, con relación á él, ninguna obligación; éste es quien se obliga á devolver á aquél otro tanto de la misma especie y calidad. Grandes han sido las disputas entre los intérpretes, las mismas, en suma, que las suscitadas en el comodato; y de igual suerte que entonces sostuvimos no ser la

entrega de la cosa obligación del comodante, sino condición *sine qua non* para la existencia del contrato, creemos aplicable esta doctrina al simple préstamo.

Al determinar el texto legal que la recepción del dinero ú otra cosa fungible implica la adquisición de la propiedad, evidencia cuán diferente es este contrato del arrendamiento ó locación de cosas, con el que algunos autores lo han confundido, y si el resultado económico, como quiere Acollas, es el mismo, no así su índole jurídica, bastando considerar que el mutuo transmite la propiedad y la locación el uso, y con carácter temporal.

La transferencia de propiedad que en el préstamo se verifica nada tiene que ver con la realizada en la compraventa, porque en él, esa transferencia es medio para el consumo y no fin de la relación creada. Habla el artículo de cosas fungibles, llevándonos á recordar la distinción clásica en las escuelas y que está implícitamente contenida en la disposición legal, entre el consumo natural y el consumo civil: el primero tendrá lugar, y á ello se refiere indudablemente el Código al hablar de cosas fungibles, cuando el préstamo sea de cosas en las que el uso implica su destrucción; el segundo es un consumo ficticio, el del dinero. El uso del mismo consiste en gastarlo, y claro es, el gasto no supone la destrución de la especie metálica; pero este gasto lleva aparejado en cambio una enajenación, la que implica su verdadero consumo por el prestatario.

Transferir la propiedad es el principal efecto del préstamo, y al preguntar quién á estos efectos puede transferirla, se plantea la cuestión de capacidad para realizar este contrato. Absoluto silencio guarda el Código en los cinco artículos que al préstamo consagra, tanto más de extrañar si se recuerda la minuciosidad con que trataron este punto nuestras leyes de Partidas. Desde el punto de vista del derecho vigente, la capacidad se regirá ante todo por las reglas generales de la contratación expuestas al comentar el art. 1263, importando recordar que el tutor, para celebrar este contrato, necesita, según el núm. 9.º del art. 269, autorización del consejo de familia; y en cuanto á

las personas jurídicas, como los Ayuntamientos, habrá que tener en cuenta la legislación reguladora de sus atribuciones en esta materia ó los estatutos determinantes de la capacidad de aquéllas.

De los préstamos hechos á las ciudades, decía Ulpiano, que sólo podía afectarles cuando el dinero se hubiere convertido en su provecho, porque de lo contrario los obligados eran quienes contrataban en su nombre. En nuestro derecho antiguo, la ley 3.ª del tít. 1.º de la Partida 5.ª definía con bastante precisión las circunstancias en que las ciudades, las iglesias, las villas y hasta los menores de veinticinco años, podían celebrar este contrato. Por lo que toca á los Municipios y Diputaciones, debe tenerse en cuenta lo que disponen las leyes Municipal y Provincial. En los proyectos de reforma, singularmente en el presentado en 1903 por el Sr. Maura, se fijaban con gran claridad las facultades de los Ayuntamientos para concertar empréstitos, y las limitaciones con que podían hacerlo en beneficio del Municipio.

En cuanto á los menores, sólo por vía de ilustración del texto y como homenaje á la sabiduría de nuestro derecho histórico, recordaremos la ley 4.ª del tít. 1.º de la Partida 5.ª, que dió carta de naturaleza y celebridad al famoso Senado consulto macedoniano, remedio á los préstamos usurarios hechos á los hijos de familia, consistente, no en negar el préstamo, sino la acción para reclamarlo, salvas las excepciones consignadas en la misma.

La citada ley de Partida se completó por la 17 del tít. 1.º de la Novísima Recopilación, prohibiendo las ventas al fiado á los hijos de familia no siendo con la intervención de sus legales representantes, no produciendo acción en favor del acreedor ni contra el deudor. Por lo curiosa es digna de ser recordada también otra ley de la Novísima—la 1.ª del tít. 8.º, libro 10—, que declara válidos los préstamos á los estudiantes cuando fueran para satisfacer los gastos necesarios al estudio, como hospedaje, libros, matrículas, etc.

Consecuencia también del dominio que sobre la cosa adquiere

el prestatario es la de que si perece, perece para él, no para el prestamista, doctrina no establecida ciertamente de un modo explícito en el art. 1753, como sucede en el 1893 del Código Napoleón; pero se infiere ha de ser así, como secuela de la propiedad y de la tradición de la cosa hecha al mutuatario, siendo este además el sentido de nuestro derecho tradicional, según el cual, la cosa «se pierde para aquel que la recibe prestada e non para el otro que la presto» (ley 10, tít. 1.º, Partida 5.ª)

Obligaciones del prestatario ó mutuatario.—Sintéticamente las enumera el art. 1753 cuando declara que quien recibe en préstamo dinero ú otro cosa fungible, *está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.*

Nada dice el Código ni del plazo, lugar y forma de la devolución, surgiendo de aquí una serie de cuestiones para la interpretación del artículo, relacionándolo con aquellas disposiciones que pueden estimarse, en la mente del legislador, como su natural complemento. Ocupémonos de ellas por separado.

a) *Plazo.*—La ley de Partida decía que debía devolverse la cosa al plazo que pusieron entre ellos, y si no se convino término ninguno débesela dar á voluntad del que se la prestó, diez días después de prestada. En el derecho vigente, el silencio que guardan los artículos reguladores del contrato de préstamo ha de suplirse con las reglas generales formuladas en los arts. 1125 y siguientes. En su virtud, el prestatario debe devolver la cosa prestada en el día señalado en el convenio. Si éste quedó á voluntad del prestamista, estará obligado el prestatario al cumplimiento de lo pactado.

Tal doctrina hállase corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 16 de Enero y 24 de Febrero de 1872. El precepto del art. 1127 de que el término se entiende establecido en favor de las partes y el estatuído en el 1128, dejando al arbitrio de los Tribunales su fijación cuando no resultare del contrato, son ambos aplicables al préstamo, habiendo consignado esta misma doctrina nuestro primer Tribunal al declarar que, «según la doctrina del Tribunal Supremo, cuan-

do en un contrato de mutuo no se hubiera fijado día cierto para la devolución de la cantidad entregada, debe estarse á lo establecido por la ley de que en los casos de no haberse pactado término para el cumplimiento de una obligación de esta clase, el juez señalará plazo según su albedrío y circunstancias del compromiso». (Sent. de 18 de Diciembre de 1877.) Y en otro fallo de no menor precisión declara: «El que reconoce por medio de su firma en documento privado haber recibido una cantidad á préstamo y ha prometido pagarla, debe obligársele al pago, toda vez que el que promete, aunque lo haya hecho voluntariamente, puede ser obligado á cumplirlo», según dispone la ley 13, tít. 11, Partida 5.ª, que trata de las promesas: «maguer non sea puesto en ella, dia cierto ó lugar vale la tal promision, et el juez del lugar deue asmar segun su alvedrio fasta cuanto tiempo seria cosa guisada poder cumplir lo que prometio». (Sent. de 14 de Marzo de 1871.)

Con posterioridad á la publicación del Código, la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo, respecto al *plazo* en materia de préstamo, corrobora la que nosotros hemos expuesto al relacionar el art. 1753 con la establecida en los arts. 1125 y siguientes. Así, la posibilidad de exigir la devolución de un préstamo antes de vencer el término estipulado, aplicando la doctrina del art. 1129, la consagra aquel alto Tribunal al declarar que, «fundándose el fallo para reputar exigible un préstamo, á pesar de no haber espirado el término convenido para su devolución, en la insolvencia del deudor y en la disminución de las garantías dadas por él mismo al acreedor para la seguridad del reintegro, si contra estas apreciaciones de hecho no se ha recurrido en debida forma, no es de estimar la infracción de la ley del contrato ni la del art. 1129 del Código». (Sent. de 18 de Febrero de 1899.) E interpretando los arts. 1753 y 1128 en su debida correlación, declaró que «dada la naturaleza del préstamo, lo mismo puede entregarse una cantidad para satisfacer una necesidad del momento, con propósito de reintegrar inmediatamente al acreedor, que para emplearla en atenciones que su-

pongan el transcurso de algún tiempo mayor, antes de que aquél pueda exigir la devolución, inspirándose en esta doctrina la sentencia de 21 de Marzo de 1894». (Sentencia de 5 de Mayo de 1900.)

Tratadistas extranjeros plantean la cuestión de si es aplicable al simple préstamo la doctrina para el comodato establecida, de poder reclamar, en caso de urgente necesidad, la devolución del préstamo, como lo puede hacer de la cosa en comodato el comodante al comodatario, aun antes de espirar el término convenido. Fúndanse los que creen en la posibilidad de esa aplicación en una razón de analogía. A nuestro parecer, no existe ninguna entre el supuesto del art. 1749 y el préstamo; recuérdese que mientras en éste el prestatario, por la ley del contrato, queda dueño y señor de la cosa, con las facultades inherentes al dominio, en el comodato, como no se cede más que el uso de la cosa y de ella es en todo momento propietario el comodante, es lógica la doctrina del Código, y no lo sería en el préstamo, donde el prestatario puede carecer de la cosa prestada, y de obligársele á la devolución antes del término, podrían irrogársele grandes perjuicios, tornándose en un daño el préstamo hecho con mira de beneficencia cuando se trata del mutuo sin interés. Descontado está que en el oneroso ni siquiera cabe la hipótesis planteada.

b) *Lugar.*—Siendo el contrato la ley de los contratantes, el que aquél designe será donde deba verificarse la restitución. Cuando no se hubiere hecho mención expresa, Voet sostiene que debe realizarse en el lugar del préstamo, y Pothier distingue el préstamo de dinero, en cuyo caso el lugar es el domicilio del deudor, del préstamo de géneros, siéndolo entonces donde el préstamo se verificó. Con arreglo á las disposiciones del Código—art. 1171—, el lugar es el designado en el contrato, y á falta de expresión tratándose de la entrega de una cosa determinada, donde existió al tiempo de constituirse la obligación, y en cualquier otro caso el lugar del pago será el del domicilio del deudor.

c) *Forma de la devolución.*—La principal obligación del prestatario la formula en términos generales el art. 1753, al declarar que la devolución ha de ser de «otro tanto de la misma especie y calidad». Esta regla es clara y precisa. Siendo las cosas fungibles la materia propia del simple préstamo, aquellas *quae pondere, numero et mensura constant*, la devolución ha de ser de cosas iguales en la cantidad y en la especie. Así, si fué objeto del préstamo una fanega de trigo de primera, cantidad igual y de la misma calidad está obligado á devolver el prestatario. Es de advertir que en el principio formulado en este artículo no se habla del valor de la cosa, y la razón es obvia. Si el legislador se hubiera atenido á esta norma, dada la variedad y las alteraciones que sufre el precio de las cosas, sujeto al imperio de las leyes económicas, y por ende á la diversidad de las circunstancias, en cada momento se cambiaría, por influjo de estas leyes y de estos hechos, la naturaleza del contrato, cuya esencia estriba en la devolución de la misma cantidad y calidad. El sistema del Código es el tradicional, no sólo de nuestras leyes, sino de la legislación general. Acaso pudiera calificársele, en el rigor de los principios, de poco jurídico; pero su sencillez y claridad ha evitado litigios y las innúmeras dificultades que produjera la contingente apreciación del valor.

Nuestro antiguo derecho, contenido en la ley 8.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª, preveía el caso, tratándose del préstamo de cosas fungibles, de que no pudiera el mutuatario, por carencia de las que fueron objeto del mismo, hacer la devolución, obligándole en tal caso á abonar al mutuante el precio de la cosa al tipo que tuviera en el día pactado para la entrega. Entre los glosadores y los intérpretes suscitó grandes controversias la exégesis de este principio; mas á nuestro objeto basta consignar que no es discrecional la facultad del prestatario para devolver la cosa ó el importe de su valor, pues ateniéndose á la letra del art. 1753, viene obligado á la restitución de la cosa, y si ello fuera imposible por su carencia absoluta ó relativa, debería aplicarse por analogía la regla contenida en el artículo siguiente, esto es, la

de su importe en el día pactado para la devolución. Supongamos un préstamo en valores moviliarios, y que, llegado el día para restituirlos, no fuera posible su devolución por haberse amortizado la emisión á que aquéllos correspondían. En este caso no habría posibilidad de cumplir la obligación con arreglo á lo dispuesto en la ley, y procedería en su virtud una de estas soluciones: ó la devolución de su valor al tipo que tenían en el día del préstamo, ó al de la amortización. Lo primero regiría para en el caso de que aquel tipo fuera superior á éste, porque en manera alguna puede salir perjudicado por la devolución el mutuante, que al cabo y al fin, en el simple préstamo ejerce, respondiendo á la naturaleza de este contrato, cuando es gratuito, una obra de beneficencia. El acreedor no puede aspirar á más, ni el deudor ofrecer menos. Como dice Goyena, con razón, «la cosa cuya devolución es imposible, está representada por su precio atendidos el tiempo y lugar en que debió ser restituída», salva la excepción consignada de su inferioridad con relación al de la época del préstamo. Si, por el contrario, la diferencia en más fuera tal que implicara para el prestatario una lesión enormísima, según la opinión de los antiguos comentaristas podrían los Tribunales regular el importe de la devolución, atendiendo á todas las circunstancias de los hechos en sí y con relación al tiempo y al lugar. Este criterio, que un ilustre civilista moderno parece amparar con su grande autoridad al no oponer, desde el punto de vista de nuestro derecho codificado, ningún reparo, no está conforme con el espíritu ni con la letra del Código.

Contiene el art. 1754 dos supuestos distintos; refiérese el de su primer párrafo al préstamo de dinero, y hace relación el segundo al de otras cosas fungibles, ó de metales no amonedados. Examinémosles separadamente:

Préstamos en dinero.—Siempre se rigieron los pagos en metálico por leyes especiales, en consideración al distinto valor de la moneda, siendo discutidísima entre los jurisconsultos la cuestión que con relación al contrato de préstamo podía producir esa alteración. Así, mientras Cujas y Vinio opinaban que el presta-

mista, al efectuar el contrato, en su mente tenía el que á su término se le devolviera una cantidad igual á la prestada para no enriquecerse á costa del prestatario ni empobrecerse por los riesgos del valor de la cosa prestada; Doneau y Pothier, estimaban que esos riegos debían siempre ser de cuenta del acreedor. El Código resuelve la cuestión, determinando que los préstamos de dinero se rijan por lo dispuesto en el art. 1170; esto es, la restitución se hará en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata ú oro que tenga curso legal en España. En el primer caso, por ley de contrato, el acreedor debe recibir la moneda específicamente determinada, monedas del mismo valor peso y ley que corrían al tiempo del contrato. En su virtud, si se pactó la devolución en moneda de oro, así deberá hacerse, sin que quepa, como decíamos al comentar el citado artículo, pagar en plata, aunque sea abonando la diferencia del cambio, porque ello equivaldría á autorizar una variación en la especie pactada. La restitución hecha por medio de pagarés á la orden, letras de cambio ú otros documentos mercantiles, no producirá sus efectos sino después de realizados como determina el texto aludido, y teniendo en cuenta las limitaciones consignadas en su comentario y la excepcien que debe hacerse con relación al billete de Banco por las razones allí apuntadas.

El ilustre Laurent, al comentar disposición parecida del Código francés, observa que el principio adoptado por el legislador para la restitución del dinero prestado es distinto al de la restitución de las cosas en general, en cuanto no considera si el valor legal al tiempo de la restitución responde al valor intrínseco en la época del préstamo. No se puede autorizar, dijo el jurisconsulto belga, esta disposición con un comentario benévolo. Si el Estado altera el valor de la moneda, produciéndose, siquiera sea parcialmente, una bancarrota, faltando á sus compromisos, no es lícito que se autorice á los particulares para faltar á los suyos. Felizmente los Estados modernos han cambiado de orientación, distando mucho de aquellos tiempos en los que se alteraba caprichosamente el valor de la moneda por los Reyes.

Préstamos en otras cosas fungibles.—El segundo párrafo del artículo 1754 prescribe que si lo prestado es una cosa fungible ó una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual á la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio. La razón de este precepto no es otra que la de estatuir que el aumento ó la disminución de las cosas prestadas es en esta clase de préstamos de cuenta ó beneficio del mutuatario. Explicando Boutteville la diferencia que rige los préstamos de metal amonedado (dinero) del préstamo en barras ó lingotes, dice que en el primer caso, la obligación contraída es devolver una suma igual á la prestada en monedas de curso legal en el día de la restitución. Al verificarlo así, el prestatario cumple la obligación contraída—restitución de la suma prestada—, no pudiendo quejarse el prestamista de que las monedas representativas de esa suma difieran en su valor intrínseco de las que él prestó, toda vez que la suma, objeto real del contrato, es exactamente la misma.

En el préstamo de barras ó lingotes, no se presta una suma de dinero, sino una mercancía, y lo que en ella se aprecia es su valor intrínseco, valor que debe ser restituído en la misma especie y calidad. Es decir, se sigue la regla general formulada en el art. 1753.

La constante jurisprudencia del Tribunal Supremo robustece, con su alta autoridad, la doctrina expuesta en estos comentarios. La restitución en el mutuo, cuando no se trata de dinero, ha de ser en cosas de la misma especie y calidad, sin que valga, como decíamos al comentar el art. 1753, abonar su valor. Así se ha declarado en sentencia de 31 de Enero de 1870, corroborada por la de 29 de Octubre de 1884. En la de 27 de Octubre de 1868 se reconoce, de acuerdo con la antigua doctrina, sancionada en el derecho vigente por los artículos objeto de este comentario, que en los préstamos de dinero la obligación es reintegrar la suma recibida, porque en tales casos no es la especie de la cosa prestada lo que constituye la materia ú objeto del mutuo, como sucede en las cosas fungibles, sino el valor numérico represen-

tado por la moneda ó por el papel del Estado, salvo estipulación en contrario, y por ende el aumento ó depreciación nada tiene que ver.

Precedentes y concordancias.—En el derecho romano son precedentes de los artículos que examinamos el texto mismo del título 15 del libro 3.º de las Instituciones y la ley 2.ª en su comienzos del tít. 1.º del libro 12 del Digesto, por lo que toca al art. 1753 y en lo que se refiere al 1754, el principio *non corpora quis cogitat sed quantitatem.* En el derecho patrio, precentes, en estricto sentido, lo son las leyes de Partida, singularmente la 2.ª del tít. 5.º de la Partida 5.ª Y más concretamente todavía los arts. 1644 y 1645 del Proyecto de Código de 1851.

Casi todos los Códigos europeos y americanos aventajan al nuestro en el desarrollo que dan á los preceptos constitutivos de los arts. 1753 y 1754. Así, la obligación del prestatario de devolver las cosas en la misma cantidad y calidad, es objeto del art. 1902 del Código francés, añadiendo éste que debe verificarse en el plazo convenido. Además, en los 1903 y 1904 se especifica el deber de abonar el valor, caso de encontrarse el prestatario en la imposibilidad de restituir la cosa prestada en calidad y cantidad, añadiéndose que debe los intereses por incumplimiento de la obligación, á partir de su reclamación judicial, extremos sobre los que guarda silencio nuestro Código, sin duda por entenderlos comprendidos dentro de los principios generales formulados al tratar de las obligaciones: hipótesis cierta respecto del abono de intereses y de la cuestión de término, pero no de la imposibilidad del cumplimiento que entraña la cuestión relativa al abono del importe de la cosa prestada que merecía haberse detallado, tanto más, cuanto que se tenía el ejemplo ofrecido por las leyes de Partida. La materia tratada por el artículo 1754, es objeto en el Código Napoleón de los arts. 1895, 1896 y 1897, y si bien los principios en que se basan las prescripciones en ellos contenidas son idénticos, están desarrollados con más amplitud. Han seguido las inspiraciones del derecho francés, al articular estas obligaciones de la restitución de la

cosa en el mutuo ó simple préstamo, concordando por consiguiente en su espíritu con el derecho patrio: el Código italiano, arts. 1819, 1821, 1822, 1823 y 1828, ofreciendo de particular que también, como en su modelo, conságranse varios artículos á detallar las obligaciones del prestamista ó mutuante; el portugués, 1529, 1530 y 1532, aventajando á los Códigos anteriormente citados en las prescripciones relativas al mutuo ó préstamo hecho á un labrador que se entiende hecho hasta la próxima recolección de frutos semejantes, y en cuanto á los préstamos de dinero, jamás se entienden hechos por menos de treinta días; el holandés, 1791 á 1795. De los Códigos de los cantones suizos, siguen también las inspiraciones del Código Napoleón, el de Vaud, arts. 1381 á 1387; Valais, 1647 á 1649; Friburgo, 1845 á 1847; Neuchatel, 1521 á 1525; Berna, 749, en su párrafo 1.º, y el Federal de las obligaciones en el 329.

Entre los americanos, el de Chile determina en el art. 2198 el mismo principio que nuestro art. 1753; pero deja á la volundel mutuante la restitución específica ó su importe. En cuanto al préstamo de dinero, prescribe el 2199 que la restitución ha de ser de la suma numérica detallada en el contrato, pudiendo darse una clase de moneda por otra, aun contrariando la voluntad del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten á la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda. Como el Código francés, enumera, diferenciándose del nuestro—que las omite—las obligaciones del mutuante. Los Códigos de Bolivia y de la Luisiana están calcados en el de Napoleón, concordando con nuestros artículos los suyos, 2881 y 2886 del segundo, y 1903 y 1912 del primero. El Código de Venezuela ofrece como especialidad del préstamo del dinero que, en caso de aumento ó disminución en el valor de la moneda antes de que esté vencido el término del pago, debe el deudor restituir la suma numérica prestada, no estando obligado á devolver esa suma sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago. De esta regla se exceptúan los pagos en oro ó plata de monedas determinadas; en caso de alteración de su valor, ó de haber des-

aparecido de la circulación, se devuelve el equivalente del valor intrínseco que tuvieran aquellas monedas en la época del préstamo (arts. 1711 á 1713). Los préstamos en barras metálicas ó en frutos, se rigen por el mismo principio consignado en el párrafo 2.° de nuestro art. 1754. Concuerdan con éste y con el 1753, el 2810 al 2812 de Méjico; 1910 á 1912 de Guatemala, y 2158 á 2160 del Uruguay.

ARTICULO 1755

No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado.

Alcance y finalidad de este artículo.—A diferencia de la generalidad de los Códigos que consagran una sección especial á la determinación de los efectos jurídicos de los préstamos á interés, el nuestro no contiene más que este artículo, donde en forma negativa, y por ende á *contrario sensu*, da á entender la existencia de esta clase de préstamos que sustancialmente, según la mente del legislador, es de idéntica naturaleza al simple préstamo, sin otra modalidad que el pacto ó estipulación relativo á los intereses.

En el orden jurídico, esta modalidad cambia esencialmente la naturaleza del contrato, porque le convierte de benéfico y gratuito, en oneroso.

No faltan autores que fundados en este carácter, sostienen el carácter bilateral y sinalagmático del préstamo con interés; pero este es un error que fácilmente se desvanece al considerar desde el punto de vista del derecho positivo, que para la existencia de la bilateralidad, precisa la de obligaciones recíprocas en las partes, y no contrayendo el prestamista ningún deber por la nueva estipulación del interés, clarísima resultará la falta de fundamento de tal teoría.

El préstamo con interés fué regulado en las más antiguas legislaciones, y la fijación del interés del dinero refleja, según el sentir de los más ilustres economistas, la evolución económi-

co-social. Desde las leyes Licinia, Duelia, Menenia, Sempronia, y otras que pudieran citarse en el derecho romano, la historia de la legislación en todos los pueblos está llena de disposiciones parecidas. Teodosio el Grande, siguiendo las huellas de Constantino, si mantuvo el interés del dinero fijado por éste (50 por 100 en los préstamos de fruto y el 12 en los de dinero), impuso penas terribles á los usureros; Justiniano estableció una escala gradual basada en la dignidad de la persona, cuyos límites variaban del 4 al 12 por 100. En nuestro derecho, el Fuero Juzgo señaló como interés del dinero el 1 por 8. El Fuero Real permitía á los judíos el 3 por 4 al año, y las Partidas, inspiradas en el derecho canónico, no reconocieron la usura. En el siglo XVI dictaron Don Carlos y Doña Juana una pragmática (que es la ley 20 del título 1.º de la Novísima Recopilación) señalando el 10 por 100 como tipo del interés legal, rebajado al 5 por Felipe IV.

En la lucha de la usura con las leyes, excitada la codicia para burlarlas, ideó una serie de pactos y estipulaciones que no sólo á título de recuerdo, sino porque á diario vemos ejemplos de ellos en la realidad, importa consignar aquí—su lugar adecuado—siquiera sea de un modo sumarísimo.

a) *Usura lucrativa*, se estimaba la pagada por el prestatario en razón al beneficio significado por el préstamo; *compensatoria*, la percibida por la pérdida de la ganancia no realizada en razón al préstamo; *punitoria*, la satisfecha por razón de la mora del deudor, pudiendo ser unas y otras *mentales*, si se fundaban sólo en la esperanza del prestamista; *manifiestas*, si se consignaban en el contrato, y *paliadas*, cuando se originaban de otro contrato, por ejemplo, las del *contrato trino*.

b) Pactos usurarios eran las *mohatras y trapazas* que si no con este nombre, existen en la realidad presente, pues al cabo y al fin es obligarse por doble ó triple cantidad de la que realmente recibe, ó comprar al fiado por mucho más de lo que vale la cosa, y vender al contado por el tercio de su valor. *Ventas á carta de gracia*, de las que dijo Doumoulín *Vía aperta ad illicitum faenus*

exercendum. El *pacto comisorio*, reprobado por la ley 12, tít. 13 de la Partida 5.ª, y que es el usual hoy día en las casas de préstamos, siquiera se finja una compraventa mercantil. El famoso contrato trino de que ya nos ocupamos al tratar de la sociedad, invención del genio griego, según Troplong, ó descubrimiento de D. Martín Azpilcueta, ilustre jurisconsulto navarro, según éste declara, para complacer al Rey de Portugal, ansioso de que los comerciantes de Lisboa pudieran recibir dinero á préstamo burlando las leyes de la usura, y que no es más que la reunión en un pacto usurario de las tres relaciones jurídicas diversas, la sociedad, el seguro y la venta.

La ley de 14 de Marzo de 1856.—La inutilidad de los remedios adoptados por las leyes para poner coto al desenfreno de la usura, movió al legislador á orientarse por el camino de la libertad, buscando en ella lo que no encontrara en los sistemas restrictivos. A este fin se promulgó la ley de 14 de Marzo de 1856, cuyo primer artículo declara abolida toda tasa sobre el interés del capital dado en préstamo; estableciéndose por el segundo que podrá pactarse convencionalmente interés en el simple prestamo, pero este pacto será nulo si no consta por escrito; prescríbese por el último de ellos la derogación de cuantas disposiciones se opusieran al contenido de la ley.

Al comentar los arts. 1108 y 1109 (1) establecimos el carácter de precedente que, con relación á ellos, implicaba dicho estatuto legal. Sánchez Román (2) estima la vigencia de la citada ley, no obstante la promulgación del Código, añadiendo, al comentar estos artículos, que ni en ellos ni en ningún otro se determina el concepto del interés legal ni su tipo, opinión á la que no podemos suscribir, porque en el art. 1108 se fija ese tipo, concediéndose al Gobierno la facultad de alterarlo, como así tuvimos ocasión de hacerlo constar al comentar aquella disposición, planteando y resolviendo las cuestiones que surgen por

(1) Véase tomo 8.º de esta obra, páginas 95 y siguientes.
(2) Obra citada, tomo 4.º, pág. 856

virtud de lo dispuesto en la ley de 2 de Agosto de 1899. El principio de libertad en la estipulación de intereses, consagrado por la de 1856, está reconocido en el Código, donde no hay ningún precepto que la contraríe; y en cuanto al tipo del interés legal, el fijado por esta ley y sancionado por el Código en aquel artículo, ha sido modificado por la última al reducirlo al cinco por ciento.

Ahora bien; al disponer el art. 1755 que no se deberán intereses sino cuando estén expresamente pactados, ¿debe entenderse, con arreglo á los precedentes, que la estipulación haya de constar por escrito? Consecuentes con la regla de hermenéutica tantas veces invocada, de que allí donde la ley no distingue, no debe el intérprete distinguir, creemos que no se requiere tal requisito exigido por el art. 1649 del Proyecto de 1851 y por el 2.º de la ley de 1856, excepción hecha de aquellos casos en los que para la prueba de las obligaciones se exige el principio de prueba escrita; en todos los demás, la estipulación podrá hacerse en cualquier forma. La palabra empleada por el legislador debe tomarse como sinónima del consentimiento, y como éste puede ser expreso ó tácito, lo único que cabe exigir es que sea expreso.

La razón es evidente; trátase de una excepción, y, por consiguiente, es preciso la declaración explícita de la voluntad para este consentimiento.

La regulación del devengo de intereses, materia objeto de grave discusión entre los comentaristas franceses y la jurisprudencia de la nación vecina, desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, será siempre una cuestión de hecho, reservada como todas las de su clase, por ministerio de la ley, á la libre apreciación de los Tribunales.

Otra cuestión que puede surgir en el préstamo con interés es la de si en el caso de no pagar el prestatario los intereses convenidos, podrá el prestamista exigir la devolución del préstamo antes del vencimiento de la obligación. Ello equivale en la técnica jurídica á preguntar si la condición resolutoria tácita

está impuesta en los contratos unilaterales. Así planteada la cuestión, no es dudosa la opinión de Laurent, de no existir en el simple préstamo ninguna condición resolutoria; mas á tenor del Código, habría alguna dificultad en asentir á la doctrina del Profesor belga, porque no pagando los intereses faltaba el prestatario á una de sus obligaciones; esa falta de pago podría implicar su insolvencia, y en caso tal se impone la aplicación del artículo 1129, que consigna la pérdida del derecho del deudor á la utilización del plazo, tanto más si se considera que jurídicamente hay una perfecta analogía entre los principios que rigen la condición estipulada en caso de inejecución de las obligaciones del deudor y los que regulan los que pudiéramos llamar términos resolutorios.

Los antiguos comentaristas planteaban la cuestión de si en los préstamos, en los que el interés estipulado era marcadamente usurario, cabía la reducción del mismo por los Tribunales. En la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia* (1) se resolvía este problema en sentido afirmativo, argumentándose en pro de la tesis con el efecto jurídico de la rescisión por causa de lesión. Hoy esta solución habría que admitirla con no pocas reservas, dadas las limitaciones con las que el Código admite la rescisión contractual por aquel motivo. Fundándose en otra doctrina de más alto valor jurídico, el Tribunal Supremo acaba de resolver esta cuestión, y la de si pagado á título de intereses por el prestatario mayor suma que el capital prestado, podría estimarse extinguida la obligación.

Nuestro primer Tribunal declara «que, no pudiendo determinarse siempre la existencia de la cláusula penal á que se refiere el art. 1152 del Código, por razón de una fórmula especial que la revele, sino por su propia índole con relación á la obligación que con ella se sanciona, *es manifiesto que los Tribunales pue-*

---

(1) Véase tomo 16, pág. 44. A este criterio, sostenido por el Sr. Arias Brime, opuso el suyo, en un notable artículo publicado en la pág. 238, el jurisconsulto D. Telesforo Gómez Rodríguez.

den en cada caso concreto apreciar la naturaleza de la obligación y condiciones á ella anejas, si determinado pacto la constituye para los efectos procedentes en derecho: – Considerando que aun cuando sea lícito y permitido el relativo al abono de intereses sin tasa y de intereses de intereses SI POR LA ENORMIDAD INJUSTIFICADA DE LOS MISMOS y *especial sentido de las condiciones impuestas* se demuestra que la verdadera intención del prestamista es, no tanto el de percibir un lucro más ó menos excesivo, como el de castigar al deudor moroso, el Tribunal que así lo estima, aplicando los artículos reguladores de las obligaciones con cláusula penal, no comete infracción alguna relativa al cumplimiento de obligaciones en las que no concurre dicha circunstancia: — Considerando que en el caso del presente recurso la cláusula referente al 28 por 100 de interés del capital prestado no presenta carácter alguno de cláusula penal, sino el ejercicio de un derecho usurario, que, no por serlo, deja de ser obligatorio para quien libremente acepta tal condición, siendo, por tanto, de estimar las infracciones que con relación á dichos intereses se alegan ...:— Considerando que no son de estimar, por el contrario, en el extremo referente á la moderación del 28 por 100 fijado para los intereses de los intereses, porque en cuanto al mismo se patentiza con suficiente claridad que la principal intención del prestamista, aparte la relacionada con el lucro, fué la de apremiar por este medio al deudor al cumplimiento de la obligación principal y castigar su morosidad, previendo además con esta sanción cualquier daño que por morosidad pudiera inferírsele:— Considerando que en cuanto á dicho extremo tampoco son de estimar los motivos 5.° y 6.° del recurso, porque el precepto del artículo 1173 del Código civil no es aplicable al caso en que se trata de cantidades debidas por razón de una sanción penal, porque esta misma consideración es aplicable respecto de los preceptos contenidos en los artículos 1756, 1895 y 1901 del referido Cuerpo legal, y porque pagado el capital y sus intereses por virtud del procedimiento ejecutivo, no puede sostenerse que el deudor haya dejado incumplida la obligación, siquiera lo

haya sido irregularmente por haber dado lugar á dicho juicio.» En la segunda sentencia se declara: «Considerando, además, que procede equitativamente la moderación del 28 por 100 (se refiere á los intereses de intereses) dejándolos reducidos á un 2 por 100, dado el importe extraordinario á que han ascendido las cantidades satisfechas por el deudor.» (Sentencia de 6 de Febrero de 1906).

Como es fácil advertir por la simple lectura de los considerandos transcritos, el Tribunal Supremo, respetando como era natural y lógico el texto legal, sienta una doctrina—la interpretación (á poco que lo consientan las cláusulas del contrato) de que los intereses de intereses excesivos, pueden reputarse como cláusula penal—que permitirá atenuar las crudas aplicaciones que la codicia insaciable suele hacer de la libertad del interés, consignada en el Código.

Como interpretación del antiguo derecho, son interesantísimas, á este propósito, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Agosto de 1843, 13 de Octubre de 1856, 11 de Diciembre de 1863 y 9 de Noviembre de 1866.

En cuanto al devengo de réditos por los intereses vencidos, nuestro primer Tribunal ha mantenido constantemente una doctrina ajustada á los más severos principios de la equidad y del derecho. «La ley de 14 de Mayo de 1856 —dice en sus sentencias de 18 de Enero de 1873 y 16 de Diciembre de 1887—lejos de autorizar réditos de réditos, dispone que durante el término del contrato los intereses vencidos y no pagados, no pueden devengar intereses, y si permite que los líquidos no satisfechos puedan capitalizarse y estipularse de nuevo réditos sobre el aumento del capital, este pacto será nulo si no consta por escrito. Ha declarado también, que la sentencia mandando abonar el importe del principal y los intereses pactados, no se refiere á los réditos que éstos pudieran haber devengado, por ser principio de justicia y de jurisprudencia práctica el no devengarse réditos de réditos. (Sentencia de 28 de Octubre de 1887.) Tampoco pueden equipararse, en sentir del Supremo, los intereses del dueño con

la indemnización de daños y perjuicios, dando á aquéllos este carácter.» (22 de Enero de 1863.)

Sin embargo, el Código en su artículo 1109 dispone, que los intereses vencidos devengarán el interés legal desde que fueren reclamados judicialmente. En los negocios comerciales se estará á lo establecido en el Código de Comercio, y los montes de Piedad y Cajas de ahorros, se regirán por sus reglamentos respectivos.

La resolución de la Dirección de los Registros de 16 de Octubre de 1908, declara válido el pacto relativo al abono de intereses de los intereses. «Sea cualquiera, dice, la opinión que se sustente sobre la vigencia de la ley de 14 de Marzo de 1856, no cabe dudar que los arts. 1109 y 1755 del Código civil, la han modificado en lo relativo á interés de intereses, en armonía con el art. 1225 del mismo cuerpo legal, como lo reconoció el Tribunal Supremo en el segundo considerando de la sentencia de 6 de Febrero de 1906, por lo que no puede afirmarse que sea desde luego ilegal el pacto aludido.»

Por último, como relacionada íntimamente con este artículo, hemos de llamar la atención sobre la célebre ley contra la usura, de 23 de Julio de 1908, cuyas principales disposiciones son las siguientes:

«Art. 1.º Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, ó en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, ó de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.

Art. 2.º Los Tribunales resolverán en cada caso, formando

libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes.

Art. 3.º Declarada con arreglo á esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado á entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

Art. 4.º Si el contrato cuya nulidad se declare por virtud de esta ley, es de fecha anterior á su promulgación, se procederá á liquidar el total de lo recibido por el prestamista, en pago del capital prestado é intereses vencidos, y si dicha cantidad iguala ó excede al capital é interés normal del dinero, se obligará al prestamista á entregar carta de pago total á favor del prestatario, sea cualquiera la forma en que conste el derecho del prestamista.

Si la cantidad es menor que dicho capital é interés normal, la deuda se contraerá á la suma que falte, la que devengará el interés legal correspondiente hasta su completo pago; y si no se hubiese satisfecho por el prestatario cantidad alguna, se reducirá la obligación al pago de la suma recibida y el interés normal.

Art. 9.º Lo dispuesto por esta ley se aplicará á toda operación sustancialmente equivalente á un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato, y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.

Art. 10. El prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, á menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad.»

El pensamiento de la ley es bueno; sus resultados no corresponden á tan buen pensamiento.

Precedentes y concordancias.—En sentido estricto, porque no hemos de ocuparnos de nuestra antigua legislación, ya examinada en el comentario, lo es del art. 1755 el 1649 del Proyecto

de 1851, con la diferencia de que, á imitación del Código francés, exigía que el pacto de intereses hubiere de constar por escrito.

En el derecho moderno, casi todos los países han reformado su antigua legislación, calcada como la nuestra en el derecho romano, que fijaba la tasa del interés. Inspirados en este criterio de rectificación de las antiguas doctrinas fundadas en el error económico á la sazón reinante, los Códigos italiano y portugués han fijado el principio de libertad para la estipulación de intereses convencionales: el primero, distingue el interés legal que, fija en el 5 por 100 en materia civil, y en el 6 por 100 en la mercantil, el convencional. Como el Código francés y como nuestro Proyecto de 1851, exige la constancia de la estipulación por escrito. En el derecho francés, el Código consignó (art. 1907) que el interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, pero la ley de 1807 lo redujo al tipo legal, fijando éste en los mismos tipos del derecho italiano. Esta ley ha sido abolida en Bélgica donde regía, y juzgando Laurent, al abogar por el principio de libertad, de sus efectos y los inconvenientes por ella ofrecidos en la práctica, de los cuales no es el menor la constante tendencia de los Tribunales á eludir sus preceptos, escribe estas notables palabras: «así sucederá siempre al prohibir las leyes lo que es contrario á la naturaleza de las cosas». El sistema del Código lo siguieron los Códigos holandés en su art. 1804 y el de Vaud en el 1394. Doctrina más completa y armónica es la del federal suizo de las obligaciones, que, respetando en lo posible el derecho cantonal, consigna que el interés será el usual para los préstamos de igual naturaleza en el tiempo y el lugar donde se haya efectuado, prescripción respetuosa para el imperio de las leyes económicas, que son las verdaderas reguladoras del precio del dinero. Como precepto previsor de la usura, consigna, en el artículo 335, que no podrá convenirse de antemano que se añadan los intereses al capital y produzcan intereses, exceptuando en materia mercantil las cuentas corrientes, operaciones de caja de ahorro, etc., etc. El Código austriaco (artículos 993 y 994)

fija el interés legal en el cinco por ciento sobre prenda, y en el seis cuando aquélla no exista; determina que el interés convencional no puede exceder del tipo establecido por la ley, si no hubiere estipulación concreta respecto á intereses, y si ello no obstante los reclamara el acreedor, el Tribunal acordará para los negocios civiles el cuatro, y el seis por ciento en los de comercio. El antiguo Código prusiano fijaba el cinco y el seis por ciento, consignaba que todas las estipulaciones en favor del acreedor reputaríanse como intereses; prohibía el *anatocismo* (intereses de intereses), si bien autoriza la capitalización á los dos años de vencida la obligación del interés (artículos 804 al 818, Sección 1.ª, título 21, parte 1.ª). De los Códigos americanos, el de la Luisiana (art. 2895), fija en el cinco el interés legal y en el diez el convencional. El de Chile consigna la facultad de la estipulación de intereses, determina que en el silencio de las partes respecto á la cuota de los mismos, se entenderá aceptada la legal, que es la del seis por ciento; prohibe la estipulación del anatocismo, y remite á una ley particular el determinar el tipo del interés convencional; pero si no se estableciera limitación, cuando excediera en una mitad al que se probase haber sido interés corriente al tiempo de la convención, se reducirá por el Juez á este canon (artículos 2205 á 2210). En análogos principios inspíranse los de Guatemala, artículos 1912 á 1926; Méjico, 2815 á 2821; Uruguay, 2168 á 2176. El Código de Venezuela, determina que el interés puede ser legal ó convencional, estableciendo el tres por ciento como tipo del primero, y la libertad para pactar el segundo.

ARTÍCULO 1756

El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.

Alcance y crítica de este artículo.—Confrontados éste y el anterior, descúbrese la contradicción existente entre ellos; porque

si el devengo de intereses, á tenor del art. 1755, sólo cabe mediante estipulación expresa, ¿cómo, en terminos de derecho estricto, no ha de poder reclamarlos, ó por lo menos imputarlos al capital, quien los pagó sin haberlos pactado? No ya en las antiguas leyes patrias, que establecieron en una ú otra forma la tasa del interés (Fuero Juzgo, Fuero Real y Novísima Recopilación), ni siquiera en el Proyecto de 1851, ni en la ley de 1856, categórica afirmación del principio de libertad, encuéntrase una disposición semejante. Comentaristas distinguidos del Código afirman con razón que ella no se ajusta al espíritu ni á la letra del art. 1755; antes bien, suponen su terminante contradicción, porque si el préstamo se considera siempre gratuito, y la exigencia de intereses requiere el convenio previo de los mismos, el prestatario debía tener el derecho que el Código le niega, porque el derecho á la devolución de la paga de lo indebido es un principio jurídico universalmente reconocido. Sin embargo, no nos hallamos, forzoso es declararlo así, frente á un caso de excepción de este principio; porque al declarar la ley que el prestatario no puede repetir los intereses que ha pagado sin previa estipulación, implícitamente decide que ha pagado lo debido, suponiendo que los intereses estaban debidos en virtud de una convención, que si pudo ser tácita en sus principios, conviértese en expresa, merced á los actos realizados por las partes posteriormente, que exteriorizan de un modo que no deja lugar á dudas el mutuo consentimiento de su voluntad, una de ellas pagando los intereses, la otra recibiéndolos. Dedúcese de aquí la consecuencia de que siendo debidos los intereses, lógico es no pueda el prestatario ni reclamarlos ni imputarlos al capital, siendo ésta la justificación del art. 1756.

Esta hipótesis, para su explicación, nos parece más racional que la dada por ciertos autores, quienes suponen que el prestatario, por escrúpulos de conciencia, y para no quedar obligado al prestamista, paga esos intereses, aun cuando no estén estipulados. Basta recordar con Laurent, que esos motivos de delicadeza son extraños, ajenos por completo al derecho, para com-

prender la imposibilidad de haber sido ellos los inspiradores del precepto legal. Sólo hay, dice el exclarecido maestro belga, un contrato en el que se rinda homenaje á los sentimientos morales; tal es la donación; y sería preciso suponer que el prestatario, movido de un sentimiento de gratitud, paga estos intereses. Mas á tal hipótesis, no por ingeniosa, más jurídica, se opone el texto mismo del art. 1756, donde ni remotamente cabe la idea de donación. Por otra parte, ¿cómo conciliar con la naturaleza del préstamo esa idea de liberalidad por parte del prestatario. Aunque así fuera, y dando por cierto que sea ésta la mente del artículo, resultaría ocioso, redundante; porque en tal caso, bastarían los principios generales del derecho para evitar la reclamación, porque sabida es la condición irrevocable de las donaciones. Por otra parte, dado el texto clarísimo que comentamos, ¿cabría admitir la liberalidad? Las más rudimentarias reglas de interpretación se oponen á que se dé al artículo este alcance.

Pont, y otros autores franceses, comentando una disposición parecida del Código Napoleón, explican el precepto suponiendo que el prestatario paga una deuda natural, y, por tanto, quien paga voluntariamente una deuda natural, no puede admitírsele á título ninguno reclamación de lo pagado en justicia. Cuán poco satisfactoria sea esta hipótesis, se demuestra con sólo considerar que quien paga lo que no debe, nada debe civil ni naturalmente.

Queda, por consiguiente, como explicación más racional del artículo, la existencia de una convención tácita sobre el pago, convertida en expresa por el acto jurídico que éste significa. Planteada por Duranton (1) está la cuestión de si pagando por error los intereses, tendrá derecho el prestatario á reclamar su devolución. El caso es completamente distinto del resuelto por el art. 1756, y, por tanto, no es dudosa la solución en sentido afirmativo. El ejemplo de los herederos que pagasen, en la creencia de deberes los intereses, y desvanecido su error pidieran el

(1) Ob. cit., tomo 71, pág. 659.

reintegro de las sumas abonadas en aquel falso supuesto, justifica el sentido de nuestra opinión.

Concordancias. —Concuerda en su espíritu y en su letra con nuestro art. 1756, el 1906 del Código francés. En los Códigos italiano, portugués y de Holanda no hay precepto semejante; en cambio, concordando con el texto del Proyecto de 1851, establecen que el recibo del capital sin reserva de los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos. De los Códigos americanos, los de la Luisiana y Bolivia (artículos 2889 y 1915), están copiados del texto francés. Siguen igual inspiración, concordando á la letra con el nuestro, el de Chile, en su artículo 2208; el de Méjico, 2821; Guatemala, 1926; Uruguay, 2176; y el de Venezuela en el 1721. Todos ellos, además de esta prescripción, contienen en los artículos siguientes á los citados, la de los Códigos italiano y portugués, de que el recibo del capital sin reserva de intereses hace presumir el pago de éstos, verificando la liberación. El de Venezuela, en este punto, admite la prueba en contrario.

ARTÍCULO 1757

Los establecimientos de préstamos sobre prendas quedan además sujetos á los reglamentos que les conciernen.

Sin duda alguna al establecer este precepto, el legislador pensó en aquellas providencias ó disposiciones reglamentarias que sujetaran á una severa inspección esos establecimientos, principal asiento de la usura, ejercitada contra las clases sociales desvalidas ó de modesta fortuna en los grandes centros de población. Pero hasta ahora, no se han dictado tales estatutos, reinando para su establecimiento y difusión la libertad más absoluta; claro es que desde el punto de vista del derecho moderno no puede impedirse, mas incumbe al Estado velar por que se ajusten en su creación y en su funcionamiento á la ley, cuidando, no sólo de que cumplan con la tributación y el régimen fis-

cal, sino también con la estricta observancia de aquellos deberes formulados—de un modo negativo ciertamente—en los artículos 559 y 560 del Código penal que castigan con la multa de 500 á 5.000 pesetas á los prestamistas cuyos libros contuvieren claros entre sus asientos ó interlineados en los mimos, ú omitieren la expresión detallada del préstamo (nombre y domicilio del prestatario, reseña lo más detallada posible de la prenda, cantidad, plazo é intereses), ó no dieren, como expresa el segundo de esos artículos, resguardo de la prenda ó seguridad recibida.

Según ha declarado el Tribunal Supremo, aun cuando taxativamente el Código no lo establece, los libros han de ser talonarios. (Sentencia de 26 de Diciembre de 1884.)

El mal gravísimo de la usura que las casas de préstamos simbolizan, realmente no tiene su remedio en providencias legislativas más ó menos acertadas, porque Proteo de mil formas sabrá burlarlas y aprovecharse de las nuevas instituciones, sino de un modo directo, por medios indirectos y adaptándose al nuevo ambiente que con ellas se crea.

La prueba más elocuente de esa afirmación es el escaso fruto de las leyes de 25 de Abril y de 5 de Junio de 1895, que pretendieron disminuir los considerables estragos de la usura entre las clases civiles y militares, prohibiendo á los Tribunales retener más de la quinta parte del sueldo ó pensión que disfrutaren, y sólo han conseguido hacer más difícil la vida para unos y para otros. En la legislatura de 1904, jurisconsulto tan ilustre como el Sr. Azcárate, presentó en el Congreso un proyecto de ley, por cuyo artículo 1.º «se declara nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso ó en condiciones que resulte leonino, habiendo motivo para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia ó de lo limitado de sus facultades mentales». Bien se comprenderá el enorme alcance que, de llevarse á la realidad de una ley, tendría este precepto; pero nos anticipamos á suscribir la opi-

nión que acerca del mismo se ha expuesto en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia* (tomo 107, correspondiente al segundo semestre de 1901), sobre su ineficacia, porque las casas de préstamos han dado desde hace mucho tiempo con la fórmula jurídica de la compraventa con el pacto de retroventa, del cual ya dijo Sánchez Román que tiene como finalidad la simulación de lo que es en realidad un contrato de mutuo con interés casi siempre usurario, oculto é incluido en el precio.

No aminora la fuerza de esta argumentación crítica la disposición del proyecto antes citado, encaminada á comprender dentro de su alcance «toda operación substancialmente equivalente á un préstamo, cualquiera que sea la forma que revista el contrato», porque sería preciso destruir la fuerza probatoria del documento donde conste la compraventa. El Sr. García Fernández propone, como medio para atajar el grave mal de la usura, la reforma del art. 1509, en el sentido de que adquiera el comprador el dominio irrevocable de la cosa vendida, pero después de haber sido pericialmente tasados los bienes enajenados; facultad irrenunciable, aun cuando su no ejercicio en un plazo dado consolidara la venta por modo definitivo. Este medio tampoco es práctico, porque en los contratos de prenda, cuando en las casas de préstamos se realizan con esa significación y ese alcance jurídico, se hace anticipadamente la tasación, suscribiendo á ella desde luego el deudor, y aun va más allá en su aparente observancia de los preceptos legales algunas de ellas, porque llegado el vencimiento las subastan con todas las formalidades debidas, sin que nada de ello obste para que el convenio sea un verdero pacto usurario.

Sólo la difusión y el aumento de los Montes de Piedad, de las instituciones de crédito, de la mutualidad y la cooperación bajo todas sus formas, es el único remedio eficaz y práctico contra la usura.

Ya, al comentar los artículos 1107 y 1108, indicamos que los estatutos que hay que tener en cuenta respecto de los Montes de Piedad son de 13 de Julio de 1880, á cuyo texto habrá que

atenerse, además de las normas ya expresadas en la regulación del contrato de préstamo, como también á lo que disponen los del Banco de España y los del Hipotecario para los que se hagan con estos establecimientos.

En 12 de Junio de 1909, se ha publicado el reglamento sobre las casas de préstamos y establecimientos similares.

En 23 de Julio de 1908 se publicó la ley contra la usura, proyecto del Sr. Arcárate, á que antes hemos aludido. Véase en el comentario del art. 1755.

TITULO XI

DEL DEPÓSITO

CAPITULO PRIMERO

Del depósito en general y de sus diversas especies.

ARTÍCULO 1758

Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.

ARTÍCULO 1759

El depósito puede constituirse judicial ó extrajudicialmente.

I. *Concepto del depósito desde el punto de vista legal.*—Según el artículo 1758, se constituye un depósito desde la recepción de la cosa ajena, objeto del mismo, con la obligación por parte de quien la recibe de guardarla y de restituirla. ¿Por qué el Código emplea esta palabra *se constituye*, no adoptada para definir ningún otro contrato? Constituir, tanto vale jurídicamente como realizar un acto; y esto es, precisamente, la característica del depósito en su más amplio y general sentido; es un acto por el cual se recibe la cosa de otro para guardarla y restituirla en su día á aquel á quien pertenece. Es un acto, pero no el que realiza el depositante al entregarla, sino el ejecutado por el depositario al recibirla.

¿Por qué se adopta esta terminología, que parece excluir de la definición de un contrato á una de las partes que lo realizan? No sin razón, al expresar el concepto general del depósito, ha procedido de esta suerte el legislador. El depósito no es sólo la

relación jurídica creada por la libre voluntad de las partes; lo es también aquella custodia de unos bienes confiada por el juez, que en las leyes procesales recibe el nombre de *secuestro;* la confiada por la ley á determinados establecimientos para la guarda de aquellos que tienen su nacimiento en una obligación legal. En todos estos casos no hay un verdadero contrato, en el sentido estricto de la palabra; cuando el juez ordena el secuestro, no contrata con el depositario, sino que ordena y manda, y nadie podrá sostener que la relación jurídica creada sea de igual naturaleza que la nacida de la libre voluntad de las partes. Por esto el legislador, en su deseo de abarcar y comprender en esta categoría jurídica todas sus especies, hubo de usar esta terminología, tan distinta de la empleada en los demás contratos. Acaso hubiera sido mejor conservar la del Proyecto de 1851, que, á semejanza de los demás Códigos europeos, definía el depósito como *un acto,* expresión más conforme á la realidad, porque el empleo del verbo, y en su modo indicativo, y en su tiempo presente, indica la actuación del momento, y el *acto* refiérese no sólo á la constitución, sino á todo el tiempo que dura la relación jurídica.

El texto legal lleva en su economía aparejada otra nota característica, al afirmar que se constituye el depósito *desde que uno recibe la cosa ajena.* No basta el consentimiento, fundamento esencial, como tantas veces hemos dicho, de toda relación contractual en el derecho moderno, sino que es precisa la recepción, la entrega material de la cosa; y mientras ésta no se realice, el vínculo jurídico no se establece; no hay perfección en el contrato.

Por eso, en el antiguo como en el moderno derecho positivo, se consideró siempre, como dice Pothier, al depósito como un contrato real, inexistente hasta que no mediase la recepción de la cosa objeto del mismo. Este carácter *real* del contrato ha sido impugnado por Toullier y Duvergier, sin aportar para la defensa de su extraña tesis razones que merezcan la pena de ser refutadas.

La entrega en el depósito tiene, además de su característico significado de *perfección del contrato*, una finalidad especifica, cual es la custodia de la cosa y su restitución en su día al depositante. En esto estriba el carácter esencial del depósito; pudiera decirse que esa finalidad es la constitutiva, como dirían los lógicos, *de la última diferencia* entre éste y los demás contratos reales, en los que también es condición de su existencia la tradición de la cosa. Mas así como en el comodato la entrega supone el uso y en el préstamo el consumo, en el depósito lo esencial es la guarda, sin el uso, y la restitución en su día.

Otros contratos hay también en los que se entregan las cosas, la venta, el cambio, la donación, que transmiten la propiedad, ó sirven para utilidad de quien las recibe, mediante el pago de una remuneración, como sucede en el arrendamiento, pero ni los unos ni los otros pueden confundirse con el depósito. Pothier formula una regla práctica para distinguir este contrato de los demás reales, diciendo que ante todo es preciso ver la finalidad perseguida por las partes al contratar. Cuando el fin principal no ha sido confiar á la parte la custodia y conservación de la cosa, siquiera resulte ésta siempre en los demás como una obligación accesoria, no habrá depósito; y, por el contrario, existirá este contrato cuando el fin primordial de la entrega sea la guarda de la cosa, aun cuando se le añadan otras convenciones.

No obstante existir la diferencia que implica la representación característica del mandato y la simple costodia de las cosas, nota distintiva del depósito, los autores y aun la jurisprudencia á veces han solido confundir dichos contratos. En efecto, los tratadistas aludidos suponen que la remisión á un abogado ó un procurador de escrituras ó de otros documentos que le sean necesarios para la defensa que le ha sido encomendada, constituye un depósito de los mismos; pero al aplicar la regla de Pothier, antes enunciada, se ve cuán infundada es esa disposición, pues el envío de tales documentos no tiene por fin principal su conservación, sino únicamente el que puedan servir como ele-

mentos de defensa. Esta cuestión es de interés, porque la responsabilidad del mandatario es la de la culpa leve, y mayor la del depositario, como más adelante veremos. La realidad nos ofrece muchos casos de confusión si no aplicamos la regla de interpretación antes apuntada. Por ejemplo: la entrega de una suma determinada hecha á una persona para que efectúe un pago por cuenta de quien la da, no puede estimarse jurídica ni legalmente como la constitución de un depósito, y sólo como la de un mandato. Claro es que, en uno y en otro caso, la custodia hasta que se haga el pago es obligación que se contrae; pero la diferencia está en el carácter principal ó accesorio de la misma. La transcendencia práctica de esta regla se agranda al considerar cuán frecuente es su aplicación en el estado actual de la contratación, singularmente en la industria y en el comercio.

Para la doctrina, entendiendo por tal el derecho científico, es unilateral el depósito, porque las obligaciones todas son del depositario, no del depositante; pero entendemos que desde el punto de vista del derecho positivo no puede ser absoluta la afirmación de la *unilateralidad*, toda vez que admite como posible el depósito remunerado, y en este sentido la relación jurídica creada será bilateral; pero sólo en este caso, porque el reintegro de los gastos, ó la indemnización de perjuicios que se deban por el depositante al depositario en el depósito gratuito, no son obligaciones nacidas y creadas con el contrato mismo, sino posteriores á su perfección, y si bien es causa remota de ellas el depósito, dimanan de un principio supremo de justicia y de hechos que pueden ó no acaecer, originando consecuencias distintas en calidad y cantidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha corroborado la regla de Pothier, basada en la intención de las partes al entregar y recibir la cosa para deducir de ella si hay ó no contrato real de depósito. «Si aparece que en un documento privado dijo textualmente el causante de los demandados que retenía en su poder la cantidad que se expresa en el mismo, mientras que el demandante transigía con unos acreedores el crédito que éstos

tenían contra el mismo y *para responder de las resultas de esta transacción*, se comprende de una manera evidente, que no permite duda su interpretación, que aquél no se constituyó en depositario del demandante por dicha cantidad y sí en tenedor de ella, como garantía ó prenda á favor de los herederos de éste; y en su virtud, que la sentencia recurrida, al no calificar de depósito aquella retención ni aplicarle sus efectos, no infringe las leyes y doctrinas referentes al contrato de depósito. (Sentencia de 23 de Noviembre de 1880.)

El carácter de contrato real que el depósito tiene ha sido reconocido por nuestro primer Tribunal al declarar en fallo posterior á la publicación del Código civil que el depósito se constituye desde que se recibe la cosa ajena, no obstando que el reconocimiento del hecho sea posterior para que desde aquel instante produzca sus efectos jurídicos. (Sentencia de 21 de Mayo de 1896.)

II. *Clsaificación legal del depósito.*—El art. 1759 reconoce dos especies de depósito: el judicial, ó sea el que se constituye con ocasión de un litigio, y el extrajudicial ó depósito propiamente dicho.

No menciona el Código más que estas dos clases de depósito; pero con independencia de lo dispuesto en él y en la ley de Enjuiciamiento civil, donde recibe el característico nombre de secuestro, hay otras disposiciones legales que regulan también el depósito, ora por su naturaleza especial, como sucede con el depósito mercantil, ajustado á las normas prescritas en las artículos 303 al 310 del Código de Comercio, ora también por su índole peculiar, como es la del embargo ó secuestro aludido en el número 4.º del art. 42 de la ley Hipotecaria, ora, en fin, por el carácter público que revisten las instituciones encargadas de recibir determinados depósitos, viniendo entonces los artículos reglamentarios de sus estatutos en esta materia á constituir un complemento de las disposiciones del Código. Así sucede con las prescripciones y estatutos del Banco Hipotecario de España, aprobados por Real decreto de 12 de Octubre de 1875, y con las

que en el Banco de España regulan los depósitos constituídos en él.

Las diferencias entre el depósito judicial y el extrajudicial estriban:

a) En la causa que les da origen, siendo la voluntad de las partes en el segundo, y una disposición legal ó del juez en el primero.

b) En su finalidad, porque en el voluntario la custodia y conservación es el fin principal, y en el secuestro, la seguridad y sustraer la cosa del dominio de su poseedor actual, son los motivos que le dan vida para garantizar las resultas de un litigio ó la efectividad de un derecho.

c) En la naturaleza de las cosas objeto del depósito, pues en el voluntario, por regla general, son bienes muebles y en el judicial lo son en la mayoría de los casos bienes raíces.

d) En el carácter remunerado ó no que uno y otro tienen, siéndolo siempre el judicial y gratuito generalmente el voluntario.

e) En la tenencia de la cosa, porque en el voluntario la da el consentimiento del depositante, y en el judicial, la posesión de la cosa la tiene el secuestrario, no por la razón que apunta civilista tan distinguido como Viso (1), sino en la *representación virtual* de quien por la sentencia resulte ser su dueño y propietario.

El art. 1759 no menciona otras clasificaciones del depósito, mas el Código permite distinguir, en la economía de las disposiciones consagradas á este contrato, la división del depósito propiamente dicho, en *voluntario* y *necesario*, aquél en regular ó irregular, según sean ó no fungibles las cosas objeto del depósito, base el voluntario regular del contrato mercantil de cuenta corriente y fundamento jurídico de instrumento de cambio tan importante como el *cheque*. En cuanto á su naturaleza jurídica y hasta qué punto pueda ser estimado como un verdadero depósito,

(1) *Lecciones de Derecho civil*, tomo 3.°, páginas 444 y 445.

no es este el lugar para tratar de cuestión cuyos amplios desarrollos serán objeto de estudio al comentar el art. 1768. La división del secuestro en convencional y judicial, como la del simple depósito en legal y voluntario, atendiendo para esta última clasificación á que dimane la obligación de constituir el depósito de un precepto legal ó de la libre determinación de las partes, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos, serán también objeto de nuestro examen en los comentarios de los artículos siguientes, bastando indicar por ahora que son depósitos dimanados de un precepto legal y cuyo recuerdo importa consignar en el comentario al art. 1759, para completar la doctrina legal en él establecida respecto á las clases de depósito, con la consignada en otros lugares del Código:

a) La fianza pignoraticia que ofrece el tutor para asegurar su cargo (art. 257 del Código civil).

b) La cosa cuya posesión se disputan dos ó más personas (artículo 445 del Código civil).

c) Los bienes dados en usufructo y cuya conservación no garantiza el usufructuario (art. 494 del Código civil).

d) La dote estimada constituída por efectos públicos, mientras no constituya hipoteca el marido para su debida garantía (artículo 1355 del Código civil).

e) Los parafernales cuya administración, ejercitando un derecho que la ley le reconoce, se hubiere reservado la mujer (artículo 1388 del Código civil).

f) Los productos de los bienes que ésta vende en el caso de separación y antes de obtener la sentencia de divorcio (art. 1444 del Código civil).

g) Los bienes de los hijos.

h) Los necesarios para interponer los recursos de casación, autorizados por las leyes del Enjuiciamiento civil y criminal; é

i) Los que según las leyes administrativas son precisos para tomar parte en las subastas y contratas de obras y servicios públicos.

III. *Precedentes.*—Siendo el contrato de depósito de utilidad

indiscutible y de necesidad evidente, todas las legislaciones lo han regulado, mereciendo especial mención entre las antiguas la judía, cuyo derecho dió á esta relación jurídica el alto valor moral que tiene como contrato fiduciario. De las leyes romanas, las treinta y cuatro que integran el tít. 3.º del libro 16 del Digesto constituyen acabado modelo, imitado á veces con poca fortuna por las legislaciones posteriores. En sentido estricto, puede estimarse como precedente romano de los arts. 1758 y 1759 el párrafo 1.º de la ley 1.ª, que es un bello pasaje de Ulpiano, donde el gran jurisconsulto, con su concisión habitual, da la nota característica de este contrato, su etimología y su fundamento jurídico, diciendo: *Depositum es quod custodiendum alicui datur. Dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum; ut ostendat, totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet*. En el derecho patrio, las leyes del Fuero Juzgo (tít. 1.º, libro 5.º), y más especialmente las del Fuero Real (tít. 15, libro 3.º), trataron con fortuna la regulación de este contrato, y las Partidas, si no con el éxito de otras veces, copiaron las leyes romanas, llamando al depósito *condesijo* (1), definiéndole de análoga manera, y distinguiendo tres clases de depósito ó condesijo: el voluntario, el necesario y el judicial (ley 1.ª, tít. 3.º, Partida 3.ª). El Proyecto de Código de 1851 es el que ha servido de modelo en sus arts. 1658 y 1659 á los del vigente, si bien la redacción difiere un poco.

IV. *Concordancias.*—Concuerdan casi literalmente los artículos 1758 y 1759 de nuestro Código con los 1915 y 1916 del Código francés, 1835 y 1836 del italiano, 1431 del portugués, que limita el depósito por él definido á las cosas muebles; 1731 y 1732 del holandés, 957, en su párrafo 1.º, del de Austria; 9.ª parte, 1.ª del antiguo Código prusiano; 1399 y 1400, Cantón de Vaud; 1671 y 1672, Valais; 1040, Tesino; 731, Berna; 1856,

---

(1) «*Condesijo*... tomó este nombre de peño, que quiere tanto decir como poner de mano en guarda de otro lo que quiere condessar.» (Ley citada.) *Condessar* es verbo que significa en romance dar en guarda ó custodia.

1857, Friburgo; 1538, Neuchatel. El Código federal acepta en su art. 475 la definición tradicional, pero limita el depósito á los bienes muebles; no contiene la clasificación aceptada por los Códigos cantonales. De los Códigos americanos, el de Chile, con su acostumbrada claridad, define el contrato en el art. 2211, dando el nombre, no sólo al contrato, sino á la cosa objeto del mismo; afirma su carácter real en los arts. 2212 y 2213, dividiéndolo en voluntario y judicial en el 2214. Calcan el texto francés los de Bolivia y la Luisiana (arts. 1897 y 1898); el de Uruguay, en el 2203; Guatemala, 1947 y 49; Méjico, 2263 á 2265; el de Venezuela adopta la terminología y el concepto de nuestro derecho en sus arts. 1723 y 1724.

CAPITULO II

Del depósito propiamente dicho.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA NATURALEZA Y ESENCIA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO

ARTÍCULO 1760

El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario.

ARTÍCULO 1761

Sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles.

ARTÍCULO 1762

El depósito extrajudicial es necesario ó voluntario.

I. *Alcance y finalidad de estos artículos.*—Al determinar la naturaleza del depósito como contrato unilateral y real, cuya esencia estriba en la guarda y custodia de las cosas ajenas por aquel que para este objeto las recibe, omitimos tratar la cuestión de su gratuidad, reservándola para el comentario del art. 1760.

Nuestro Código fija como regla general la gratuidad del depósito y como excepción su carácter remuneratorio, apartándose del sentido en que se inspira el francés al definirle como contrato esencialmente gratuito, y resolviendo de ese modo la antinomia, más aparente que real, de nuestro antiguo derecho entre la ley 2.ª y la 3.ª del tít. 3.º de la Partida 5.ª; la primera de las cuales establecía ser condición esencial del condesijo «tomar las cosas quando non rescibe precio nin galardon por guardarlas, ca si los rescibiese ó prometiessen de gelo dar estonce non sería condesijo más sería loguero», y por el contrario, la segunda decía que el tercero de los casos en que se constituía era «quando rescibe precio por guardar la cosa que le dan en condesijo».

No se trata, como cree el Sr. Falcón (1), de una declaración dogmática más ó menos cuestionable en el campo de la ciencia. Al hacerla, si por un lado rinde el Código homenaje á la tradición y á la filiación científica del contrato estableciendo su gratuidad al consignar la posibilidad del pacto remuneratorio, sin que por ello pierda su prístino carácter, está de acuerdo con la realidad actual, que funda en esta relación jurídica instituciones como los Doks, almacenes generales, cuya base legal, como la de ciertas operaciones de algunos institutos bancarios de carácter oficial y no oficial, está en la doctrina del depósito.

Decimos que rinde homenaje á la tradición, porque estribando su base moral en los más puros sentimientos de solidaridad y de convivencia social, es siempre un acto de confianza, que obliga por cima de toda sanción al depositario á no defraudar la fe que en él puso el depositante al entregarle sus bienes para su guarda y custodia. Por eso ha podido decir un ilustre civilista italiano (2) que el depósito es, en general, gratuito, por ser un contrato de beneficencia, de aquellos en cuyo fondo palpita un sentimiento de liberalidad por una de las partes, traducida en utilidad y provecho de la otra; utilidad y provecho que no re-

(1) Obra citada, tomo 4.º, pág. 3 0.
(2) Philippis, *Corso di diritto civile comparato*.

portan lucro para el contrayente que otorga sus cosas ó servicios con ese fin, como sucede en la donación, en el comodato y en el mutuo, en los que se dan las cosas, bien en propiedad, bien para su uso ó para su consumo. Y se inspira también el Código en la realidad moderna, porque al permitir la estipulación ó el pacto en contrario de la gratuidad, sin que por eso se desnaturalice la esencia del depósito, apartándose del rigorismo del antiguo derecho, atiende á lo que es base y sustancia de la contratación en nuestros días, ó sea á la intencionalidad manifiesta de las partes al contratar, sin que los pactos por ellas estipulados como secundarios lleguen á modificar la esencia de la relación jurídica que en su libérrima voluntad quisieron crear, y sin que quepa el temor de confusión entre unos y otros actos jurídicos, por ser harto expresivo el criterio diferencial contenido en la regla de Pothier, ya mencionada al comentar el artículo 1758, pues merced á ella se distingue con toda precisión cuándo la entrega de la cosa lleva aparejada la utilización, el uso, el consumo ó un servicio, ó simplemente su conservación y custodia durante cierto tiempo, pasado el cual volverá á poder de quien la entregara, que es lo característico del depósito. Por eso resulta facilísima la distinción entre el contrato de arriendo de servicios y el depósito remunerado, que á juicio de algunos autores son similares, sin parar mientes en ser la semejanza sólo efectiva en el orden económico, no en el jurídico (1).

En resumen: la doctrina del Código en este punto es la de una presunción *juris tantum* de la gratuidad del depósito, que subsistirá con todo su vigor y eficacia ínterin no sea contradicha por la estipulación expresa ó tácita, deducida esta última de los hechos.

Declara el art. 1761 que sólo las cosas muebles pueden ser objeto del depósito, y no ofrece duda ninguna la recta interpretación del artículo. Con su clarividencia habitual, Pothier jus-

---

(1) Recordemos á este propósito que cuando la fórmula jurídica de los contratos es distinta, no puede establecerse verdadera similaridad, fundada sólo en la mera coincidencia de su resultado económico.

tifica el precepto, diciendo que los inmuebles en tanto en cuanto no son susceptibles de desaparición, no han menester de conservación y custodia, en el sentido que á estas palabras da el Código tratándose del depósito. Así, no puede reputarse como depósito de una casa el acto de entregar las llaves de la misma; y el encargo que se hace de su cuidado y custodia; jurídicamente es un mandato, no un depósito, salvo el secuestro, cuya nota diferencial del depósito, propiamente dicho, estriba precisamente en esto, remitiéndonos para su explicación al comentario del art. 1786.

Laurent (1) suscita la cuestión del alcance que pueda tener el término *bienes ó cosas muebles*, y la resuelve acertadamente al decir que la mente del legislador es la de referirse á las cosas corporales, porque las incorporales, como son los derechos y las acciones, siguen á la persona doquiera que va, y no son susceptibles, por su misma inmaterialidad, de la custodia, en el sentido real y tangible que jurídicamente tiene el depósito. Los títulos ó documentos donde puedan constar esos derechos, podrán evidentemente ser objeto de este contrato; pero lo serán como la expresión materializada y representativa del derecho.

Confirma el art. 1762 cuanto dijimos al comentar el 1759, de no ser única la división ó clasificación del depósito en él estatuída, porque en el 1762 se distingue el depósito extrajudicial en necesario y voluntario. Objeto uno y otro de disposiciones subsiguientes, sería anticipar su comentario determinar ahora sus distintos efectos y naturaleza jurídica.

II. *Precedentes.*—En el derecho romano lo son del art. 1760, las leyes 1.ª y 7.ª del tít. 3.º del libro 16 del Digesto, y del 1762 la ley 1.ª de ig al título y libro. En el derecho patrio, el Fuero Juzgo y el Fuero Real (tít. 5.º, libro 5.º del primero, y 15, libro 3.º del segundo), admitieron el depósito remunerado. Las leyes de Partida se contradicen mutuamente la segunda y

(1) Obra citada, tomo 27, pág. 98.

la tercera del tít. 6.º, Partida 5.ª, como hemos demostrado ya. El Proyecto de 1851 estableció, en el art. 1660, que el depósito propiamente dicho es un contrato *gratuito por su esencia*, aceptando implícitamente la teoría romana en todo su rigor. En los dos artículos siguientes establece la doctrina copiada por el vigente.

III. *Concordancias.*—Concuerdan casi á la letra con los nuestros los arts. 1917, 1918 y 1920 del Código francés, si bien en éste, como en nuestro Proyecto del 51, se mantiene la gratuidad como nota esencial del depósito. El art. 1919 tiene por objeto reafirmar el carácter de contrato real, disposición redundante, por estar impícita esta nota en la definición dada por el 1915. Copia literal de estos artículos son los 1837 y 1838 del Código italiano. El portugués, en el 1432, afirma que no desvirtúa la naturaleza de contrato gratuito la convención de que pueda el depositario recibir una gratificación, doctrina análoga á la del Código bávaro, cuando dice que la promesa ó la aceptación de honorarios no cambia, si son módicos, la naturaleza del depósito. Siguen á la letra el texto francés el Código de Holanda en sus artículos 1733 á 1735. De los cantones suizos, el de Vaud, 1401 á 1404; Valais, 1673 á 1676; Friburgo, 1857 á 1860; Neuchatel, 1538 á 1541, compendiando idéntica doctrina, en un solo artículo, el federal de obligaciones en el 488. De los Códigos americanos, los de la Luisiana y Bolivia, artículos 2899 á 2902 el primero y 1930 á 1932 el segundo, calcan el texto del Código Napoleón. El de Chile resume la doctrina de todos estos artículos en los suyos 2915 y 2916, llevando el rigor de la gratuidad del depósito hasta el punto de estatuir que si se estipula una remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en el arrendamiento de servicios, respondiendo el depositario hasta de la culpa leve sin que por ello quede exento de los deberes como tal depositario y gozando también de sus derechos. Distingue además el depósito en necesario y voluntario. El Código de Venezuela sigue análoga inspiración, aunque no extrema tanto el rigor, limitándose á afirmar la gratuidad (art. 1725), y á esta-

blecer igual clasificación (art. 1726). Los demás Códigos aceptan con leves variaciones, más de estilo que de concepto, la misma doctrina.

SECCION SEGUNDA

DEL DEPÓSITO VOLUNTARIO

ARTICULO 1763

Depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos ó más personas, que se crean con derecho á la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso á la que corresponda.

I. *Alcance de este artículo.*—A primera vista parece una redundancia ó un pleonasmo inútil al decir que el depósito voluntario es aquel en que la entrega se hace por la voluntad del depositante, porque sin voluntad expresiva del consentimiento y del vínculo jurídico no hay contrato posible; pero preciso es reconocer que no huelga el precepto en esta parte, pues el legislador ha querido, con razón, afirmar que la libre y soberana voluntad del depositante es la que determina el depósito, sin impedírselo circunstancia alguna. Precisamente esta expresión libérrima de la voluntad del depositante falta en el depósito necesario y viene á integrar la nota diferencial entre ambos. Cierto que en uno y otro será preciso el consentimiento, pero ¿cómo dudar de que en el necesario hay una fuerza superior á la voluntad moviendo y determinando á ésta para efectuar el depósito en ciertas condiciones? El tutor que presta una fianza pignoraticia no es libre para efectuar el depósito en aquella persona individual ó jurídica que más fuese de su agrado; ha de hacerlo, como dice la ley, en el establecimiento designado al efecto. Quien concurre á una subasta y ha de depositar cierta parte de su importe para tomar parte en ella, ha de hacerlo, cualquiera que sean sus preferencias, allí donde designe la entidad anunciadora de la

misma. Cuando acaece un incendio, una inundación, cualquier suceso de esta naturaleza, el depósito se hace allí donde la necesidad lo impone. En suma, el legislador ha querido expresar que el depósito voluntario implica la libertad absoluta en el depositante para hacer cuando quiera el depósito y constituirlo en poder de quien mejor le parezca, á diferencia del necesario, donde no existe para el depositante semejante libertad de acción. Estas diferencias, aun estimadas como elementales, tienen consecuencias jurídicas de gran transcendencia, y en razón á ellas es por lo que el Código reitera el principio cuya repetición pudiera parecer ociosa.

El depósito, añade el art. 1763, puede realizarse por dos ó más personas que se crean con derecho á la cosa depositada, en un tercero que hará en su caso la entrega á la que corresponda.

Resuelve este inciso la cuestión de antiguo planteada en la doctrina y en la jurisprudencia, de si ha de estimarse condición precisa, para constituir el depósito, la de ser propietario del mismo el depositante. El texto legal parece limitar los efectos de este depósito convencional al caso de creerse con derecho al mismo dos personas que entregan la cosa á un tercero, ínterin se resuelve quién de ellos es el propietario; mas coordinando este artículo con el 1771, á cuyo tenor no puede el depositario exigir al depositante la justificación de su calidad de propietario del depósito, se advierte sería contraria á una recta exégesis interpretar la doctrina legal con esas restricciones. Si se preguntase cuáles son los efectos de un depósito hecho por persona que no sea propietaria del mismo, no habría duda en afirmar su perfecta validez entre las partes contratantes. Ello no empece á que el propietario ejercite la acción reivindicatoria contra el depositario, pero esta acción es distinta de la que compete al depositante. Por otra parte, su ejercicio se concilia y armoniza perfectamente con la obligación que al depositario impone el referido artículo, de poner en conocimiento del dueño el depósito realizado para que éste ejercite sus derechos, y si en el plazo de un mes no lo hiciera, podrá restituir la cosa el

depositario al depositante aun cuando le conste no ser éste el propietario.

Á *contrario sensu*, el depósito será nulo si la cosa objeto del mismo resultare de la pertenencia del depositario, é *ipso jure* sobrevendrá la nulidad del contrato, no produciendo éste obligación ninguna por aplicarse entonces el principio jurídico *qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat nec depositi nec commodati actione tenetur*.

II.—*Precedentes*.—En el derecho romano, el párrafo 5.º de la ley 1.ª, del título consagrado al depósito en el Digesto, define el voluntario con más propiedad que los Códigos modernos al decir que es «aquel que se hace fuera de una necesidad fatal», concepto copiado por las leyes de Partida al contraponerlo al miserable, ó sea el que tiene lugar por una gran *cuyta*. El Proyecto de 1851 aventaja en su definición, siquiera no sea perfecta, al texto vigente, al decir que «se forma por el consentimiento recíproco del depositante y depositario sin que dé ocasión á él una calamidad».

III. *Concordancias*.—Al definir los Códigos extranjeros el depósito voluntario, en la generalidad de ellos se copia el texto francés del art 1921 del Código Napoleón, limitado á caracterizarlo por el recíproco consentimiento de depositante y depositario, añadiendo en el artículo siguiente, que, por lo regular, sólo puede hacerlo el propietario de la cosa depositada.

Esta tendencia siguen los Códigos italianos, artículos 1839 y 1840; el holandés, 1376-1377; el de Vaud, 1405; el de Valais, 1677, Neuchatel, 1543; el Tesino, 1043; el de Friburgo, 18 1. El Federal de obligaciones de Suiza no consigna, como los Códigos cantonales citados, una definición.

De los Códigos americanos, imitan fielmente al francés, los de la Luisiana, art. 2903, y el de Bolivia en el 1934

En el de Chile, no se define el depósito voluntario con independencia del depósito propiamente dicho, objeto del artículo 2215, mas como quiera que en el 1236 se caracteriza admirablemente el *necesario* por la falta de libertad en la elección

del depositario, á *contrario sensu* viene á corroborarse la doctrina implícita en nuestro art. 1763.

Análogo criterio siguen los Códigos de Guatemala, art. 1951, y Méjico, 2671. El venezolano, da como condición del depósito voluntario el consentimiento espontáneo de ambas partes contratantes, y se inspira en el Código francés y en nuestro Proyecto de 1851 al determinar la calidad de propietario en el depositante si ha de ser regular el depósito.

ARTÍCULO 1764

Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta á todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada á la devolución por el tutor, curador ó administrador de la persona que hizo el depósito, ó por ésta misma, si llega á tener capacidad.

ARTÍCULO 1765

Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, ó á que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa ó con el precio.

I. *Doctrina legal de la capacidad en el depósito. Regla general.* La ley no exige requisito especial para celebrar este contrato. Quienes tengan capacidad para prestar su consentimiento y, por ende, para contratar, pueden celebrarlo, mucho más si se considera que dicha afirmación tiene su fundamento, no sólo en la aplicación de la doctrina general contenida en el art. 1263, sino también atendiendo al amplio sentido de los dos artículos que en este título se refieren á la capacidad del depositante, pues los preceptos en ellos contenidos lejos de implicar una merma ó una disminución de la potencia y capacidad contractual, la am-

plifican y extienden, limitándose su finalidad á señalar los especialísimos efectos que el depósito tiene en el caso de intervenir un incapaz en su constitución, ora á título de depositario, ora en el de depositante. Palpita en la economía de estas disposiciones el generoso espíritu que alentó en nuestro derecho tradicional, sintetizado en la ley 3.ª, tít. 3.º de la Partida 5.ª, á cuyo tenor «en guarda ó en condessijo puede ome dar las cosas que ha en su poder *a todo home quier sea clérigo*, *ó religioso*. *ó lego*, *ó seglar*, *ó libre*, *ó siervo*, y aquel que recibió la cosa *es tenudo de gelo guardar*».

En cuanto á la incapacidad del depositante, la hipótesis planteada por el art. 1764—constitución de un depósito en persona capaz siendo incapaz el depositante—, la resuelve el Código de acuerdo con los principios de justicia y con las inspiraciones de nuestro antiguo derecho al declarar que el depositario queda sujeto á las obligaciones que tiene como tal, pudiendo compelérsele á la devolución de la cosa depositada por el representante legal del incapaz ó por éste, si llegase al ejercicio pleno de sus derechos. Quiere esto decir que mientras el depositante, por sí ó por quien tenga su representación, no invoque la nulidad, el contrato continuará con todo su vigor, con toda su eficacia. Sólo el incapaz, ó su legítimo representante en su nombre, es quien tiene derecho á invocarla. Si lo hace en forma, el depositario viene obligado á la restitución inmediata.

Ahora bien: ¿tendría en este caso el depositario acción contra el depositante por los vicios de la cosa? Categóricamente puede contestarse que no, excepción hecha del dolo, por el cual responden los incapaces en los límites de su incapacidad. Tendrá derecho al reembolso de los gastos que el depósito le hubiese ocasionado? Tampoco, á excepción del caso en que, ejercitando la acción *de in rem verso*, acreditara que esos gastos han redundado en provecho y beneficio del incapaz, porque si así fuera, en los límites de este provecho tendría derecho á ser indemnizado.

Apoya la doctrina sustentada por el Código el texto del tí-

tulo 21 del libro 1.° de las Instituciones, *Qui cum his contrahunt, obligantur, at in vicem pupilli non obligantur.* También por analogía puede invocarse la ley 17, tít. 16 de la Partida 6.ª, según la cual. quienes contratan con los pupilos se obligan.

Respecto de la incapacidad del depositario, que es el caso del art. 1765, la solución es también justa y acertada. Mientras la cosa depositada exista en poder del incapaz, el depositante puede ejercitar la acción reivindicatoria, y en caso contrario el abono por aquél del tanto con que se hubiere enriquerido ó el precio de la cosa.

Conságrase con ello la doctrina general, cuyas aplicaciones hemos visto en los contratos anteriores. El depositante capaz sufre las consecuencias de su torpeza al contratar con quien no tenía el pleno ejercicio de sus derechos. Por eso la ley no le confiere la acción directa de depósito que como depositante le correspondería si fuera válido y eficaz el contrato, sino la reivindicatoria, como propietario de la cosa, cuya acción puede ejercitar en todo momento. El depositario incapaz no será responsable más que del dolo, y la restitución de la cosa no se hará á título de depositario, sino por efecto de la jurídica reivindicación. Si la cosa no pudiera ser restituída, en ese caso el depositante tendrá derecho á que el depositario le abone la cantidad con que se hubiese enriquecido ó el precio de la cosa, con lo que se sanciona el mismo principio aplicado en el caso anterior, el ejercicio de la acción *de in rem verso.* Supone Pothier que esas acciones son propias en estas hipótesis de la *negotiorum gestio;* mas si se considera que ésta implica la ausencia del consentimiento, y en las dos hipótesis de la ley, el consentimiento, aunque irregular, existe, adviértese el error notorio del gran jurisconsulto francés. El fundamento jurídico de la prescripción legal estriba en la norma prudentísima sancionada por el Digesto de *Im pupillum actio depositi datur in quantum locupletior factus est.*

Los dos artículos comentados se armonizan con la doctrina consignada en el art. 1264.

Para dejar ultimada esta materia, réstanos tratar de las formas en que debe mostrarse el consentimiento de este contrato. Como anejo de la cuestión de capacidad, suelen los tratadistas estudiar las formas del consentimiento en el depósito, y también las reglas pertinentes á la prueba de su existencia; y coincidiendo con esta metodología, algunos Códigos extranjeros, y el francés en primera línea, regulan el valor y la eficacia de aquélla según el importe del depósito. Guarda silencio el nuestro sobre tan interesantes extremos, y no hemos de censurar la omisión, porque esta implica por modo evidente el imperio de las reglas generales. En su virtud, el consentimiento puede ser expreso, tácito y presunto, según que se determine: *a*) por la clara expresión de la voluntad de las partes, oral ó escrita, ante testigos ó en documento público ó privado; *b*) por los hechos, cuando verificado el depósito por el depositante, no se opone á él el depositario; y *c*) cuando ajeno este último al hecho, como puede suceder en el depósito necesario, está obligado á su aceptación por el principio de equidad «de que estamos obligados á hacer lo que no nos daña y favorece á otro». La apreciación del consentimiento tácito y presunto, como inducido de los hechos que ejecutaron las partes, corresponderá en todo caso á los tribunales. La cuestión de la prueba en el depósito, objeto de tantas controversias en la doctrina y en la jurisprudencia francesa al interpretar los artículos 1923 y 1924, sobre la eficacia de la testifical en relación con el importe ó valor de la cosa depositada, está también entre nosotros sometida al imperio del derecho común acerca de las reglas generales de la contratación; por consiguiente, habrá que recordar lo dispuesto en el párrafo último del art. 1280, cuando exige para la eficacia de los contratos su constancia por escrito, siempre que la cuantía de la prestación exceda de 1.500 pesetas.

La jurisprudencia ha corroborado desde muy antiguo la doctrina de no tener el depósito una forma especial para su constitución, habiendo declarado nuestro primer Tribunal que puede hacerse por escrito ó de palabra, y probarse por cualquiera de

los medios comunes de prueba; conseguido lo cual, queda el depositario sujeto á todas las obligaciones y responsabilidades que las leyes le imponen. (Sentencia de 19 de Diciembre de 1859.)

II. *Precedentes.*—En sentido estricto lo son en el derecho romano lo textos citados de la Instituta (tít. 21, lib. 1.º) y del Digesto (ley 1.ª, pár. 15, lib. 16, tít. 3.º). De nuestra ley de Partida, la citada como resolutoria de caso análogo, ó sea la 17 del tít. 16 de la sexta. Pero el texto donde se calcaron, con levísimas variantes de redacción, los preceptos del vigente Código en esta materia, son los arts. 1667 y 1668 del Proyecto de 1851.

III. *Concordancias.*—La validez del contrato de depósito hecho con personas incapaces, con las limitaciones establecidas por nuestro Código, la sancionan también el Código francés en sus artículos 1925 y 1926, aventajando al nuestro en que reitera al comienzo la declaración de la regla general de capacidad, texto y doctrina literalmente seguidos por el italiano en los suyos 1841 y 1842. El portugués añade que si el incapaz no estuviese falto de toda inteligencia, podrá ser condenado por daños y perjuicios, habiendo procedido con dolo ó mala fe (art. 1433). Siguen la inspiración francesa en estilo y en doctrina los Códigos de Holanda, art. 1738-1739; los de los cantones suizos, el de Vaud, 1409-1410; el de Valais, 1681-1682; el de Neuchatel, 1547-1548; el de Tessino, 1044-1045, y el de Friburgo, 1863-1864. De los Códigos americanos, abundan en esta fiel imitación los de Bolivia, 1937-1938, y la Luisiana, 2906-2907. El Código de Chile compendia la doctrina, exponiéndola con singular precisión en su art. 2218. El de Venezuela, anteponiendo en el 1729 la regla general de la capacidad, consigna la validez de los celebrados por incapaces en los mismos términos que nuestro Código. É inspirados en el de Chile, la sancionan en parecidos términos los de Guatemala, art. 1952 y 1953, Méjico y Uruguay en sus artículos 2671 y 2672 el primero, y 2205 el segundo.

En la mayoría de las legislaciones citadas, á ejemplo de la francesa, en esta sección consagrada al depósito voluntario y á la determinación de la capacidad, se completa la doctrina con la

expresión relativa á la forma y á la prueba del contrato, en relación con su importe, método que también seguía nuestro Proyecto de 1851.

SECCIÓN TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO

ARTÍCULO 1766

El depositario está obligado á guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, ó á sus causahabientes, ó á la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad, en cuanto á la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el tít. 1.º de este libro.

I. *De la guarda de la cosa y de las responsabilidades á ella inherentes.*—La primera parte del artículo expone las dos fundamentales obligaciones del depositario: guarda y custodia de la cosa y su devolución al depositante cuando éste ó su representación legal la pidieren. Puede decirse que en ellas estriba íntegra la economía del contrato, y su detallada exposición equivale á determinar en toda su amplitud los efectos de esta relación jurídica.

Ahora bien: el completo estudio de esa primera obligación del depositario, requiere la exacta determinación de sus responsabilidades, á las que de un modo genérico alude la última parte del texto legal. Por eso, unificando la materia, dedicaremos este primer apartado á estudiar lo que es la guarda del depósito y las consiguientes responsabilidades derivadas de su incumplimiento para el depositario.

a) *Guarda de la cosa.*—¿Cómo debe conservarse el depósito? No hay mejor definición de este deber que la dada por la ley 3.ª, título 3.º, Partida 5.ª, en palabras tan precisas como admirables: «tenudo es de gela guardar bien é lealmente, de guisa que non se pierda nin se empeore por su culpa nin por su engaño».

Síguese de la aplicación de esta doctrina, implícita en el texto vigente, que el depositario está obligado al ejercicio de cuantas gestiones exige la conservación de la cosa depositada y de que produzca sus legítimos provechos. Quiere decirse con esto que la naturaleza del depósito determina, con relación al depositario, los deberes exigibles de él. Así, si se dan en custodia valores del Estado ó de entidades mercantiles ó industriales, será su deber gestionar el cobro de sus cupones ó del capital representativo de los mismos, si fueren amortizables; si se trata de letras de cambio, libranzas ó cualquier otro documento de crédito, evitar que se perjudiquen; emplear, en suma, con las cosas depositadas aquella diligencia que éstas piden en interés del depositante.

b) Determinación de las responsabilidades inherentes al incumplimiento de estas obligaciones.—El texto legal declara que éstas son las contenidas en el tít. 1.º del libro 4.º Al exponer esta doctrina legal, precisa, por tanto, la referencia á los artículos 1101 á 1108, definidores del dolo, la negligencia y la mora como motivos de responsabilidad. Mas como la detallada indagación doctrinal y práctica de tales preceptos, ya hecha, excusa toda repetición, bastando la referencia á los lugares de esta obra donde tales artículos se comentan, nos limitaremos á la exposición de las aplicaciones prácticas de la doctrina con relación al depósito. El depositario prestará siempre y en todo caso las responsabilidades del dolo y de la culpa en el cumplimiento de su deber de guardador del depósito. Ahora bien: la diligencia del buen padre de familia, ¿será tipo de medida para graduar la prestación de la culpa en el depósito? Ya nuestro sabio civilista Gutiérrez decía que el depositario debe emplear, respecto á las cosas depositadas, el cuidado que pone en guardar las suyas. Esta modalidad de la diligencia en guardar y conservar la cosa, está impuesta en el depósito por dos razones: la primera, porque es la fidelidad requisito esencial de esta relación jurídica; y la segunda, por la presunción de que el depositante, al elegir al depositario, ha tenido muy en cuenta el cuidado que éste acostumbra

á tener con las cosas propias, para inferir el que tendrá con las suyas.

II. *Agravación de la responsabilidad.*—Sólo tendrá lugar por la voluntad de las partes, norma ésta fundamentalísima en la reglamentación de la responsabilidad contractual, y estipulación que podrá ser expresa ó tácita. Aun faltando el pacto determinante de la misma, se entenderá agravada la responsabilidad:

a) *Cuando el depositario se hubiese ofrecido á recibir el depósito.* Yerran los autores que, como Pothier, sostienen ser la agravación debida á la imposibilidad moral en que, de buscar otro depositario, coloca al depositante la oferta hecha (1). En nuestro sentir lo que la oferta implica es la promesa de una más diligente custodia que mueve al depositante á una mayor confianza, presunción ésta, como dicen Donello y Chironi, muy razonable y que justifica, según Gutiérrez y Sánchez Román, fundados en la doctrina romana, la prestación de la culpa *leve.*

Tiene suma importancia la aplicación de esta regla para la determinación de las responsabilidades de aquellas instituciones que, organizadas según la ley, ejercen como función principal ó accesoria la de recibir depósitos (Banco de España, Hipotecario, Caja general de Depósitos, etc., etc.). La graduación de su responsabilidad deberá determinarse á tenor de los respectivos estatutos. Si éstos nada dijeran, el carácter público de tales instituciones es sobrado argumento para decidir que la custodia por ellos ofrecida y garantida es la más exigente y severa (2).

b) *Depósito remunerado.*—Admitiendo, como el Código admite, el pacto remuneratorio en esta convención, es lógico inferir también por tal causa el aumento de responsabilidad (doctrina autorizada por el parecer de Ulpiano) (3), porque el depositario

---

(1) *Du Depot*, núm. 3:

(2) *Apud* Chironi, *La culpa en el derecho civil moderno*, pág 242, en nota. Véase también como fundamento de la doctrina la ley 1.ª, párrafo 35 del título 16, libro 3.º del Digesto.

(3) *In deposito... dolus praestatur nisi forte et merces accesit: tunc etiam culpa extinguitur.*

percibe un provecho, la retribución convenida, y no sería justo graduar la diligencia del depositario que estipula á su favor un tanto, á título de compensación, por la de aquel que nada recibe, manteniendo en la convención la nota de gratuidad reconocida por la ley como regla general de este contrato.

c) *Depósito hecho en utilidad del depositario.*—No menos justificada que en las anteriores, se halla en este caso la exigencia de una mayor responsabilidad, porque si aprovecha el beneficio que de este contrato se deriva, lucrándose, no el depositante, sino el depositario, forzoso será exigirle diligencia más exquisita por ser él quien obtiene los provechos de la relación contractual. Nada importa lo singular del caso citado por los autores como ejemplo, porque si en la vida real ha podido darse y se da esa extraña modalidad del depósito, bien está extremar la imputabilidad (1).

d) *La voluntad de las partes.*—La voluntad de las partes, ley de la relación jurídica, puede imponer y ordenar la prestación de aquellas responsabilidades que supongan para el depositante una mayor garantía de la conservación y guarda del depósito. Por ejemplo, cuando el depositario se obligue á responder de la culpa á todo evento, doctrina fundada en aquel pasaje de Ulpiano, *Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omme periculum praestet; Pomponius ait pactionem valere.* Desde el punto de vista jurídico y con relación á la doctrina del Código, cuando esto suceda habrá, como dice Chironi, una sustitución del ordenamiento legal por el contractual, y una modificación, no sólo del criterio generador de la culpa, sino hasta del tipo para su graduación.

---

(1) El caso está tomado del Digesto. Se supone una persona que no tenía ni tiene intención de prestar dinero, á la cual se dirige otro en demanda de cierta suma para emplearla en una adquisición. Obtenido el consentimiento, la persona requerida da el dinero desde luego, recibido á titulo de depósito hasta que la adquisición se realice, en cuyo momento cambiará la modalidad de la relación jurídica, convirtiéndose el depósito en mutuo. Realmente desde la entrega del dinero hasta ese momento, hay un verdadero depósito, no dimanado ciertamente de la voluntad ni para el provecho del depositante, sino de la creencia verdadera de hacer un servicio al depositario poniéndole en condiciones de lograr sus deseos.

e) *Agravación de la responsabilidad por mora.*—Ya los jurisconsultos romanos establecieron esta regla. La razón es obvia, la mora como hecho imputable al depositario, representa un acto ilícito y contiene en sí misma los elementos de la *injuria*—en el sentido contractual, por supuesto—, pues es la culpa en el retardo, culpa que pone á cargo del depositario la pérdida total ó parcial ó la disminución del valor de la cosa, derivada del caso fortuito ó de la fuerza mayor, por presumirse que si aquél hubiera restituído el depósito á su tiempo, no hubiera acaecido el daño. A este propósito es bien recordar como ejemplo la doctrina profesada por Gregorio López, quien en la glosa á la ley 4.ª, título 3.º, Partida 5.ª, extrema la responsabilidad del depositario, hasta el punto de creerle obligado á indemnizar al depositante por la pérdida de la cosa, acaecida por incendio, robo ú otro caso fortuito, si en él salvó las suyas y dejó perecer la que era constitutiva del depósito, doctrina cuyo precedente en el orden legal no era la ley de Partida por él glosada, sino la del Fuero Real. Semejante interpretación, que ni siquiera en el antiguo derecho la estimamos justa, mucho menos puede prosperar con la doctrina general de la culpa establecida en el Código, coordinándola con las limitaciones contenidas en los arts. 1105 y 1107. Ahora bien; en el supuesto planteado—acaecimiento del hecho fortuito constituído en mora el depositario—, para declararle responsable, será preciso demostrar la relación de causalidad entre la mora y el hecho fortuito.

La ley del Fuero Real decía: «Cuando un ome que cosas encomendadas teme de robo, quema ó otras desventuras semejables libró todo lo suyo y perdió lo ageno que tenia en encomienda, pechelo á su dueño. Si salvó algunas de sus cosas e ninguna de las encomendadas, aunen cuanto se perdio e se libró e partase la perdida, y esto sea si salvó las cosas que tenia en encomienda ó parte de ellas e perdió lo suyo ó parte dello que el daño se parta como dicho es». Gregorio López fundaba su opinión en que al obrar así, puede el depositario haber procedido con dolo. Pero con razón arguye Sánchez Román, que dicha opinión es exage-

rada ó inarmónica con la ley glosada, que no debía ser la del Fuero Real transcrita, sino la de Partida, ajena por completo á tal doctrina, porque el dolo no se presume jamás, sino que hay que probarlo, y porque no es razón, salvo pacto en contrario, pedir más diligencia para las cosas ajenas que para las propias, no habiendo motivo alguno, cuando tal estipulación no exista, para erigir en principio de justicia altruismo tan extraordinario. También Gutiérrez refuta la opinión del ilustre glosador, pero no con tanta valentía como Sánchez Román, limitándose á exponer sus dudas de que pudiera aplicarse tal rigor á quien presta un servicio, y estima que sólo en el caso de ser de gran valor el depósito, y muy escaso el de sus cosas sería culpable la preferencia: distinción que tampoco encontramos justificada.

En cuanto al caso fortuito, sobrevenido antes de que hubiese expirado el plazo del depósito, es de aplicar la regla general declaratoria de la irresponsabilidad; el depositario tiene de común esta circunstancia con todos los deudores de cuerpo cierto: *res perit domino*. La prueba del caso fortuito es evidente que corresponde al depositario; doctrina repetidamente sancionada por el Tribunal Supremo desde la sentencia de 17 de Diciembre de 1859.

No menos evidente es la responsabilidad, cuando la cosa depositada hubiere perecido ó empeorado por su culpa, y la razón es obvia; en este caso la pérdida deja de ser fortuita.

III. *De la devolución de la cosa*. — Es el segundo deber del depositario, restituir la cosa cuando el depositante la pidiere, bien á éste, bien á su representación legal ó á la persona que para recibirla se hubiese designado en el contrato.

Descansa este precepto en aquel gran principio moral que, relacionado con el depósito, formulara la escuela estoica por la pluma inspirada de Séneca: *Depositum redere, per se res expetenda est*, derivando de él la *forma* de la devolución que ha de hacerse, en *un individuo*, no en *especie* ó cosa equivalente, de donde se infiere que en materia de depósito, como dice Laurent, hasta las cosas fungibles pierden esta condición á causa de que en la in-

tención de las partes se confiaron sólo para su guarda y custodia. Esta regla, cuando se trata de depósitos de dinero, sufre una excepción, de la que nos ocuparemos al tratar de los llamados depósitos irregulares en los artículos siguientes.

a) *Cuándo debe hacerse la devolución.* — El art. 1766 dispone que la devolución debe hacerse cuando el depositante la reclame. Este principio implica, á nuestro juicio, la alteración de lo que es doctrina general en cuanto al *término* ó *plazo* en las relaciones contractuales. En el depósito el depositante no está jamás ligado por el *término*, explicándose esta singularidad porque, de convenirse algún plazo, es en interés del depositante, por lo cual el depositario no puede invocar, ni por razón jurídica ni por razón de equidad, un término convenido á título de obligación para él. Ahora bien; al derecho del depositante de reclamar cuando le plazca la devolución, ¿corresponde en el depositario la facultad de restituirla antes de que el plazo expire? No; porque convenido el término expresa ó tácitamente, durante él viene obligado por la ley del contrato á guardar y custodiar el depósito, constituyendo una infracción de este deber la devolución antes del término. Esta regla general sufre una excepción, la que expresamente consigna el art. 1776, y de ella nos ocuparemos al comentarlo.

b) *Persona á quien debe hacerse la restitución.*—Dice la ley que al depositante, á sus causahabientes ó á la persona á quien se hubiere designado en el contrato. La claridad meridiana del texto excusa toda dificultad en su interpretación. Aplica aquí el legislador el principio de que los contratos surten su efecto entre los contratantes, y de que, quien contrata, contrata para sí y para sus herederos. La designación de una tercera persona para que pueda recibir el depósito, indica no ser este tercero extraño á la convención pactada, y á título de interesado en ella es jurídica su intervención.

También puede suceder que el depositante no esté capacitado para recibir el depósito cuando la devolución haya de realizarse, y este es el caso que prevé y resuelve el art. 1773. El su-

puesto contrario al de este texto legal sería que, habiéndose hecho el depósito por la representación legal de un incapaz, llegado el plazo para la restitución, hubiera recobrado el pleno ejercicio de la capacidad, y en tal hipótesis es evidente que debería el depositario restituirle á él la cosa depositada, y no al tutor ó á quien hubiera tenido su representación legal, y con tal carácter verificara el depósito.

En caso de muerte del depositante, el depósito debe devolverse á los herederos, concordándose aquí la doctrina establecida por el art. 1766 con la general que rige en materia de obligaciones y sucesiones. Los intérpretes y glosadores planteaban con este motivo la cuestión de si en el caso de fallecer el depositante, habiéndose indicado en la convención á un tercero para recibir el depósito, debería el depositario hacerlo al tercero ó al heredero de aquél. Las opiniones de los redactores del Código Napoleón nos parecen equivocadas en este punto (1) al suponer el depósito constitutivo de un fideicomiso. La razón es clarísima: el derecho del tercero en este caso no depende de la muerte del depositante, y siendo ello así, es evidente que tal hecho no puede alterar ni influir para nada en el hecho de la restitución.

Más dificultad ofrecería el caso de ser varios los herederos. En este supuesto es preciso distinguir si el depósito es ó no divisible. Siéndolo, cada heredero tendrá derecho á su parte proporcional, y no siéndolo, deberán ponerse de acuerdo para designar quién ha de recibirlo; acuerdo que puede reclamar el depositario para prevenirse contra futuras reclamaciones. Si los coherederos no llegasen á un acuerdo, los Tribunales serían los llamados á decidir á quién de ellos habría de hacerse la devolución. Fundamenta la opinión sustentada, en el caso de divisibilidad del depósito, el que además de hallarse conforme con la doctrina del Código, está también abonada por sus precedentes, pues el Fuero Real, donde se preveía (ley 7.ª, tít. 15, libro 3.º)

(1) Favard de Langlade. Véase su ponencia acerca de este punto. *Apud* Locré, tomo 7.º, pág. 323.

el supuesto, resuélvelo con análogo criterio. «Si el que la cosa dió en encomienda muriere, sus herederos puédanlo demandar é si fueren muchos é la cosa se pudiere partir, así como bestias, dineros ó cosa semejable, según cada uno debió heredar reciba su parte.»

En cuanto á la restitución del depósito hecho por persona jurídica, entendemos que en lo fundamental, es aplicable la doctrina expuesta, claro es, que con las limitaciones impuestas por su especial condición, determinándose siempre con arreglo á los respectivos estatutos ó leyes reguladoras de su capacidad. La ley 7.ª, del tít. 3.º, Partida 5.ª, preveía el caso: «En eglesia ó monasterio, poniendo ome alguna cosa en guarda con otorgamiento é mandado del perlado é cabildo desa eglesia, tenudos son de tornar aquella cosa al que gela dio en guarda, bien *así como faría otro ome cualquier*. Lo mismo faría si cuando la diese estuviere delante el perlado ó cabildo é callasen, é non le contradijeren, maguer no lo dejasen con su mandada nin con su otorgamiento.» La última parte de esta ley establece la excepción de que si fuere una persona de las afectas á la iglesia á quien se hubiera confiado el depósito, pero no á quien por derecho tenía su representación, dicha persona sería la obligada á devolver. Esta distinción es perfectamente aplicable á los depósitos hechos en ciertos establecimientos, pero sin cumplir los requisitos que determinen sus respectivos estatutos. Al comentar la ley transcrita, dice Gregorio López, que se apartaba en su letra y en su espíritu de la Decretal del Papa Inocencio III, á cuyo tenor, según el sentir de algunos canonistas, la iglesia no quedaba obligada por el depósito, si no le ocasionaba lucro, doctrina extraña en verdad, y cuyo espíritu refuta admirablemente el canonista Juan de Imola.

c) ¿Cesa en algún caso la obligación de restituir la cosa depositada?—Á diferencia de la antigua legislación constituída por la ley 6.ª, tít. 3.º de la Partida 5.ª, que mencionaba taxativamente los casos en los que el depositario estaba exento de cumplir aquella fundamental obligación, el Código nada dice en los

varios artículos consagrados á detallar las obligaciones del depositario, por donde se pueda inferir el respeto á tales disposiciones. Ello no obstante, el caso primero citado por la ley aludida, de no estar obligado el depositario á devolver el arma confiada á su custodia, si el depositante se la reclamase para hacer mal uso de ella, creemos que si no por las disposiciones del Código civil, por los principios generales del derecho, puede en casos tales considerarse el depositario desligado por el momento de esa obligación, pues de lo contrario contraería una responsabilidad de carácter penal.

En cuanto al segundo caso citado por la mencionada ley de Partida, es evidente que ni por ministerio del Código en ninguno de sus artículos, ni por los preceptos generales del derecho, podrá jamás considerarse desligado el depositario de restituir el depósito á quien sufriere la pena de destierro.

Respecto de los casos de ser robada la cosa objeto del depósito, ó de que el depositario viniere en conocimiento de que lo que creyó depósito es cosa propia de su patrimonio, al comentar el art. 1771 expondremos con todo detalle la doctrina legal pertinente al caso, haciendo lo propio al comentar el 1775, con el problema suscitado por Laurent sobre la restitución en caso de embargo judicial ó de oposición formulada por un tercero.

d) Jurisprudencia.—La urisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido siempre en su tenor literal las doctrinas legales de la guarda y devolución del depósito por el depositario ó sus herederos, como obligaciones inexcusables. Así lo establecieron, antes de la publicación del Código, las sentencias de 15 de Junio y 5 de Octubre de 1868 y 12 de Mayo de 1870.

La indicación de un tercero en el contrato para recibir el depósito, produce, según nuestro primer Tribunal, el efecto jurídico de subrogarle en todos los derechos del depositante, y por tanto, que depositada determinada cantidad en poder de un escribano á favor de un procurador, tuvo éste los mismos derechos que el depositante. (Sentencia de 3 de Abril de 1881.) Con posterioridad á la publicación del Código civil, el Tribunal Su-

premo ha interpretado bien la doctrina consignada sobre la devolución de la cosa contenida en el art, 1766, al desestimar un recurso de casación contra una sentencia por la cual fué absuelto el Banco de España de la demanda formulada por quien, llegado á la mayor edad, pidió que se condenase al Banco á indemnizarle de una restitución de depósito, hecha al que fué su tutor. El Tribunal, en su sentencia de 13 de Noviembre de 1901, declara que no hay infracción del artículo, sino antes bien correcta aplicación del mismo, porque al devolver el Banco de España el depósito sobre que versa el pleito, lo hizo á la persona que lo constituyó y con el mismo carácter que ostentara al tiempo de constituirlo, no teniendo el Banco responsabilidad ninguna, porque no se le había comunicado oficial ni oficiosamente dato alguno, por razón del que pudiera resistirse y negarse á dicha devolución. No menos interesante es la sentencia de 8 de Julio de 1903, en cuanto afecta á la interpretación del artículo 1766 en relación con el 1101, 1104 y 1105, ó sea la determinación de la responsabilidad en caso de fuerza mayor, declarando la liberación absoluta del depositario, porque en tal caso no puede haber negligencia, dolo ni morosidad, probado, como se probó en el pleito, la existencia de la fuerza mayor.

Es importante también la de 7 de Octubre del mismo año; pero de la doctrina en ella sustentada nos ocuparemos al examinar los artículos siguientes, singularmente el 1775. Es trascendental, en cuanto determina de un modo inconcuso las obligaciones del depositario, extensivas, no sólo á la mera conservación y custodia del depósito, sino también á la realización de todas aquellas operaciones que, inherentes á la naturaleza del depósito, deban efectuarse para no perjudicarle, la sent ncia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo, que condenó á la Administración á la conversión de una lámina antigua en títulos corrientes cuando aquélla estuvo constantemente en poder de los centros administrativos correspondientes. (Sentencia de 17 de Marzo de 1894.)

Véase también la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1905.

IV. *Precedentes.*—Ya en el texto del comentario hemos transcrito aquellas leyes de Partida y del Fuero Real que desarrollaron en nuestra antigua legislación las obligaciones del depositario en razón á sus dos fundamentales deberes, *guarda* y *devolución* del depósito, y dicho también hasta qué punto han sido modificadas por el precepto del Código vigente. Sólo nos resta decir aquí que en sentido estricto puede estimarse como precedente de la disposición actual de nuestro derecho positivo, la ley 3.ª del título y Partida citados, reproducción fidelísima de las primeras que contiene el título consagrado en el Digesto al depósito. De carácter más inmediato es el del art. 1669 del Proyecto de Código de 1851, sin otra diferencia que la de haberse añadido en el vigente que la devolución ha de hacerse, no sólo al depositante, sino «á sus causahabientes ó á la persona que hubiese designado en el contrato». Varía también la referencia al título en que se consignan las responsabilidades por el cumplimiento de las obligaciones.

V. *Concordancias.*—Concuerdan con el art. 1766 de nuestro Código, si no con su letra, con su espíritu, los 1927 y 1928 del francés, consignando el primero como tipo para la graduación de la culpa, no la diligencia del buen padre de familia, sino la que el depositario tenga para las cosas que le pertenecen. En el segundo se enumeran los casos de agravación de la responsabilidad Inspírase en estos textos el Código italiano, artículos 1843 á 1845; holandés, 1783 á 1785; bávaro, art. 7.º del libro 4.º De los Códigos cantonales de Suiza, Vaud, 1411; Valais, 1683; Neuchatel, 1549; Tessino, 1046; Friburgo, 1866, y Berna, 733; el Federal de obligaciones, 477 y 478, y el de Portugal, 1435 á 1437. De los Códigos americanos, el de la Luisiana, 2908, y el de Bolivia, 1943 y 1944. El Código de Chile consigna las obligaciones del depositario al definir el contrato en el art. 2215, y la determinación de las responsabilidades las somete al arbitrio de las partes en el 2222, estableciendo, á falta de estipulación,

la responsabilidad por la culpa grave, aumentándola á la leve en los casos de ofrecimiento espontaneo del depositario para recibir el depósito, ó de tener en él algún interés. Análogos principios inspiran los Códigos de Guatemala, arts. 1956 y 1957: de Méjico, 2674 á 2676; del Uruguay, 2212 á 2214, y de Venezuela, 1731 á 1733.

ARTÍCULO 1767

El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante.

En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios.

ARTÍCULO 1768

Cuando el depositario tiene permiso para servirse ó usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo ó comodato.

El permiso no se presume, debiendo probarse su existencia.

I. *Fundamento jurídico de estos preceptos.*—Estos dos artículos tienen idéntica finalidad, cual es la determinación de los efectos jurídicos que produce el uso de la cosa depositada por el depositario, siquiera los supuestos en su economía desarrollados sean distintos; y por eso los agrupamos bajo un solo comentario. Por el primero, se expresa clara y terminantemente la prohibición del uso, especificando las responsabilidades de orden civil á queda sujeto el depositario que tal hiciera. En el segundo, se plantea la hipótesis de una autorización conferida al depositario por el depositante para servirse del depósito, consignando el Código que cuando tal suceda, pierde el depósito su carácter hasta el punto de cambiar la naturaleza de la relación contractual, convirtiéndose en un comodato ó en un préstamo según los casos.

Se infiere de ambas disposiciones, que en modo alguno puede el depositario servirse del depósito, no siendo lícito á la voluntad de las partes verificar esta estipulación si quieren conservar el mismo carácter al contrato realizado. Síguese de aquí la esencialidad de esta disposición, que viene á sancionar un nuevo deber del depositario no consignado en el art. 1766. Este deber se contrae con relación al depósito en sí mismo, ó por mejor decir, objetivamente considerado, y es el absoluto respecto á su integridad específica y cuantitativa.

Se confiere el depósito para su guarda y custodia, no para el uso á condición de restituirlo. Síguese de esto, como muy acertadamente dice Pothier, que quien usa del depósito confiado á sus cuidados, comete una verdadera estafa. La ley dice que en el caso de contravenir el depositario á esta prescripción, responde de los daños y perjuicios. Esta es la responsabilidad civil, responsabilidad agravada considerablemente si la cosa pereciera durante el uso ilícito de la misma, porque demostrado queda en el comentario del artículo anterior cómo entonces responde hasta del caso fortuíto.

Entre los antiguos tratadistas se planteaba la cuestión de si, además de la responsabilidad civil, existiría también la penal. Los que siguieron á Pothier, no vacilan en afirmar la posibilidad también de su exigencia, hipótesis no admisible á la luz de los principios del derecho moderno, que no consienten esa figura de delito con relación al depósito. No hay más que leer el número 5.º del art. 548 del Código penal vigente, para convencerse de que el simple uso de la cosa depositada no puede estar comprendido en los límites de ese artículo, que claramente exige la apropiación ó la distracción de la cosa depositada para que pueda imponerse la penalidad en él establecida. Más aún; la simple demora en la entrega de un depósito, no revela la apropiación ó distracción de fondos; y, por tanto, no existe el elemento integrante para la estafa del depósito, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo. (Sentencias de 24 de Noviembre de 1886 y de 23 de Diciembre de 1890.)

En cuanto á los efectos del consentimiento del depositante para que el depositario pueda servirse de la cosa, muy poco tenemos que manifestar para dejar esclarecido dicho extremo; pues diciendo el texto legal que tal consentimiento implica la pérdida del carácter de depósito en la relación contractual, adquiriendo, según los casos, la naturaleza de un comodato ó de un préstamo, parece que no haya más que decir, sino que ocurrirá lo primero cuando el depósito se hubiere hecho de cosas no fungibles; y tendrá lugar la segunda modalidad apuntada, cuando de cosas fungibles se trata. Ahora bien: ¿no es depósito de cosas fungibles, sujetas á peso, número ó medida, el que se constituye en los Bancos? ¿No lo es el dinero que se entrega, no en caja cerrada, sino á la mano, y sin otro requisito que el de su recuento? ¿Estarán, en su virtud, comprendidos estos depósitos en la prescripción del art. 1768, cambiando su naturaleza jurídica, para convertirse en un préstamo mutuo?

Para deducir la verdadera doctrina legal, el pensamiento, en suma, del legislador, conviene recordar que este art. 1768 es copia literal, reproducción fidelísima del 1671 del Proyecto de Código de 1851, y que el comentarista ilustre del mismo, explicando la finalidad y el alcance que éste y el anterior artículo tenían, se expresa así:

«Desterramos, pues, el depósito *irregular;* cortamos la cuestión de si el depósito de cosas fungibles hecho á peso, número ó medida, envuelve tácitamente el permiso de usar de ellas; si en el permiso *presunto* ó *expreso* es además necesario usar de él para que el depósito se convierta en mutuo, y cortamos la diferencia entre el permiso *expreso* al tiempo del contrato, y el *expreso* posterior. En suma, el permiso ha de ser expreso, y en tal caso es préstamo en las cosas fungibles y comodato en las que no lo son.»

Del texto del artículo y de su glosa por García Goyena, es forzoso inferir que en la mente del Código no existen los depósitos *irregulares*. Ahora bien: una crítica imparcial no puede admitir el supuesto del legislador, sin la justificada censura que implica esa pretendida confusión de dos relaciones jurídicas tan

distintas por su causa y por sus efectos, como son el mutuo y este depósito de cosas fungibles, al que los antiguos glosadores y los intérpretes del derecho romano, con la excepción de Heinecio, llamaban depósito *irregular*. Cierto que ambos contratos tienen de común su carácter real, la transmisión del dominio y la restitución de la cosa en otra equivalente; mas aquí concluyen las semejanzas y comienzan las diferencias, en razón:

a) *A su distinta finalidad;* por ser en el depósito *irregular*, como en todo contrato de depósito, la utilidad del depositante. En el préstamo, por el contrario, la causa esencial de la relación jurídica á que da lugar es la necesidad del prestatario.

b) *A la prelación de la acción directa de depósito de la que goza el depositante contra el depositario;* acción de la que no está desposeído el depositante de un depósito *irregular*. Esta acción personal es privilegiada, y se antepone siempre á las demás de idéntico carácter. En el préstamo, tiene también el prestamista una acción personal, pero no privilegiada, sino todo lo contrario, ordinaria, y equiparada á las demás de igual índole.

Este carácter privilegiado de la acción directa de depósito fué ya reconocido por la ley 9.ª del tít. 3.º de la Partida 5.ª

El Tribunal Supremo, no obstante reconocer que el depósito irregular es un mutuo, de acuerdo con la doctrina tradicional apadrinada por los autores del Proyecto de 1851, copiada en el vigente Código, no ha podido sustraerse al reconocimiento explícito de estas sustanciales diferencias entre el mutuo y el depósito irregular, declarando que, si bien éste es un préstamo mutuo, no por eso deja de conservar el depositante, en concurrencia con otros acreedores, su cualidad de origen, de acreedor personal simplemente privilegiado, debiendo pagársele después de los hipotecarios y antes de los simplemente escriturarios. (Sentencia de 8 de Abril de 1881). Ahora bien: ¿no puede estimarse en ley de lógica como una interpretación extensiva de la doctrina legal este reconocimiento tan expreso de la fundamental diferencia entre las acciones que competen al depositante irregular y las que tiene el simple prestamista?

c) *Al plazo para reclamar la restitución;* pues el depositante *irregular,* como todo depositante, no está ligado por el término y sin sujeción á él, puede reclamar la devolución cuándo y como le plazca. El prestamista, por el contrario, está, como el prestatario, ligado por el término, y no puede pedir la restitución antes de su vencimiento, precisamente porque, constituído el préstamo en utilidad del prestatario, se impone como efecto la devolución en el plazo convenido.

De estas sustanciales diferencias entre el mutuo y el depósito irregular, se infiere que no se debió, por respetos á la autoridad del Proyecto de 1851 y por deferencias á la opinión de Goyena, suscribir á ella, copiando literalmente los arts. 1670 y 1671, y eliminando los depósitos irregulares del cuadro de instituciones reguladas en este título del Código. Antes bien, debióse reconocer su especialidad estatuyendo aquellas normas que piden de consuno sus exigencias jurídicas, acordes con la realidad. Nadie llama mutuo ni préstamo al depósito que se constituye en una entidad bancaria oficial ó no oficial, denominación que tampoco aparece en los títulos consagrados á la regulación de las formalidades para constituir y devolver los depósitos en los reglamentos de aquellas Corporaciones, á diario aplicados por los Tribunales, sin que se cambie en las demandas ni en las contestaciones la terminología propia de esta relación jurídica.

Con posterioridad á la publicación del Código, el Tribunal Supremo ha definido lo que pudiera llamarse alcance territorial de los arts. 1767 y 1768, declarando que no son aplicables á Cataluña. Respetando el espíritu que informa los artículos del Código, ha declarado nuestro primer Tribunal que cesan las obligaciones propias de la relación jurídica del depósito cuando el depositario recaba ó el depositante le da autorización para usar de la cosa depositada, porque entonces, á tenor de los arts. 1767 y 1768, el depósito conviértese en préstamo ó comodato (Sentencia de 27 de Marzo de 1901).

II. *Precedentes.*—Lo son, en sentido estricto de la doctrina

contenida en estos artículos, en el derecho romano, las leyes 10 del tít. 1.º; 1.ª, tít. 3.º, y 31 del tít. 2.º de los libros 12, 16 y 19 del Digesto. En el derecho patrio podrían invocarse á título de tales dos leyes: una, del Fuero Real (5.ª del tít. 5.º, libro 3.º), y otra, de Partida (2.ª del tít. 3.º de la 5.ª), las cuales mantienen la doctrina de que las cosas fungibles, cuando se dan por cuenta, peso ó medida, pasan al señorío de quien las recibe. En cuanto al Proyecto de Código de 1851, inspirador del vigente, queda dicho en el texto del comentario la doctrina sostenida y la finalidad que sus autores persiguieron.

III. *Concordancias.*—El art. 1930 del Código francés se limita á consignar, siguiendo la doctrina de Pothier, la prohibición del uso de las cosas depositadas por el depositario, salvo permiso expreso ó presunto del depositante; pero no hay en la sección consagrada á determinar las obligaciones del depositario ningún artículo que exprese la mudanza jurídica del depósito en préstamo ó comodato, cuando el uso estuviere consentido, de donde se infiere la existencia legal de los depósitos irregulares, creencia que confirma la jurisprudencia recogida por Dalloz, que responde á esas orientaciones. El Código italiano sustenta la misma doctrina en el 1846; el portugués, en el 1438, y el holandés, en el 1749, siguen análoga inspiración, que también aceptan los Códigos cantonales suizos, y el 477 del Federal de obligaciones.

De los americanos, el de la Luisiana, en su art. 2912, consigna la misma doctrina del 1768 de nuestro Código. No llega á tanto el Código de Chile, pero consigna la presunción del permiso en las cosas que no se deterioren sensiblemente por el uso, ofreciendo la particularidad de dejar al arbitrio del juez la apreciación de las circunstancias que justifiquen la presunción, como las relaciones de confianza y amistad entre las partes. Los Códigos de Méjico (2676-2677), Guatemala (1958-1959), Uruguay (2215 á 2220), Colombia (2245 y 2246), están inspirados en este modelo. El de Venezuela inspírase en el Código español, pero la mudanza del depósito en comodato ó préstamo no se ve-

rifica hasta que el depositario ejercita el derecho que se le confiriera para usar de la cosa.

ARTÍCULO 1769

Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello ó cerradura por su culpa.

Se presume la culpa en el depositario, salva la prueba en contrario.

En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará á la declaración del depositante, á no resultar prueba en contrario.

Comparando Goyena el texto del art. 1672 del Proyecto—antecedente inmediato del vigente que es su copia—con el 1931 del Código francés, limitado á consignar la prohibición impuesta al depositario de conocer lo que el depósito es, cuando se le entregó en cofre cerrado ó bajo cubierta sellada, defiende la superioridad del precepto español por más completo y minucioso, no sólo en su aspecto positivo, sino también en la determinación de las responsabilidades inherentes á la violación del depósito y á la incumbencia de la prueba.

El fundamento jurídico de este precepto estriba en que, siendo, como dice Pothier (1), la fidelidad del depositario motivo principal, para el depositante, de la constitución en sus manos del depósito, el más elemental deber de delicadeza ha de mover al primero para respetar el secreto que el depositante quiere guardar. Y va más allá el civilista francés cuando dice que, aun comunicada la naturaleza ó índole del depósito, está obligado quien lo recibe á guardar el secreto, como lógica y natural consecuencia del deber de fidelidad contraído.

---

(1) Pothier. *Du dépot*, números 33 á 38.

Ahora bien; que en este supuesto el depositario forzador del sello ó de la cerradura responda al depositante de los daños y perjuicios, es principio tan natural y evidente que basta su sola enunciación para excusar todo linaje de aclaraciones, bantando decir que trae su origen de la responsabilidad que nace del incumplimiento de las obligaciones, porque imponiendo éstas, cuando están válidamente constituídas, la necesidad de su prestación con aquella exactitud que está en la intención de las partes, la falta constituye la *injuria*, como dice Chironi, para el acreedor—en este caso el depositante—, y como la *injuria* con culpa genera la responsabilidad, de ahí el precepto del Código.

Añade el Código que se presume la culpa en el depositario, salvo prueba en contrario. También este precepto es una aplicación al depósito de los principios generales de la responsabilidad contractual, y porque si así no fuera, como dice Goyena, con enérgica expresión, quedarían impunes é irresponsables frecuentemente los depositarios infieles.

Finalmente; que haya de estarse para la estimación del valor de la cosa depositada á la declaración del depositante, cuando la fuerza sea imputable al depositario, principio es que no admite seria discusión, porque, en opinión de García Goyena, de otro modo sería imposible las más veces la prueba en el caso de este artículo. Sin embargo, lo mismo en esta hipótesis que en el supuesto del caso anterior, admitida como está la prueba en contrario á favor del depositario, las disposiciones de este artículo no pueden estimarse, á nuestro juicio, sino como presunciones *iuris tantum* en pro del depositante. Libre el acceso á la prueba, queda por ministerio de la ley reservada su apreciación á los Tribunales, quienes serán soberanos para decidir hasta qué punto la ejecutada, libera al depositario de las responsabilidades establecidas por la ley.

Precedentes y concordancias.—Responden los principios consignados por el Código á la tradición romana, porque ya la ley 29, en su párrafo inicial (título 3.º, libro 16 del Digesto), consignó: *Si sacculum vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem de-*

positum fuit, me invito, contractaverit et depositi et furti mihi actio competit. Más claro y comprensivo nuestro texto legal, aventaja en precisión, como hemos visto, al francés, y por tanto, á los que en éste se inspiran. Pueden contarse, entre ellos, el 1.50 del holandés; 2914, del de la Luisiana; 1847, del italiano, y algunos de los cantones suizos, como el de Vaud en el 1415. El Federal de las obligaciones nada dice. El Código portugués consagra á esta materia los artículos 1438 y 1439; el primero consigna la obligación de restituir el depósito, en la misma forma, si le fué entregado cerrado y sellado; en el segundo establece que la violación del depósito lleva implícita la obligación de restituir el contenido según juramento del depositante, salvo si el depositario probase no ser el autor de la violación ni tomado parte indirecta en ella. El Código de Chile dispone, en su art. 1223, que la conservación y custodia del depósito, comprende el respeto al sello y á las cerraduras del bulto que lo contiene. La infracción de este deber se sanciona de igual manera que en nuestro Código (art. 2224), y llevando á las realidades del derecho positivo una idea de Pothier, consigna en el 1225 que el depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni quedará obligado á revelarlo. Inspíranse en estas doctrinas los Códigos de Guatemala, art. 1960; Méjico, 2679, Uruguay, 2218, y Venezuela, 1738.

ARTÍCULO 1770

La cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesiones.

Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el artículo 1724.

I. *Fundamento jurídico del precepto.*—Este artículo viene á ser en su párrafo primero un complemento del 1766, por lo que atañe á la obligación que de restituir el depósito tiene el depositario. Consignó el Código en él tal deber, y ahora especifica y

determina sus límites. A diferencia de otras legislaciones, la nuestra ha creído sin duda ocioso consignar que la restitución ha de ser de la misma cosa recibida, y si fué en monedas deben devolverse de igual clase sin tener para nada en cuenta su aumento ó disminución de valor. Ocioso decimos, porque con razón el Código ha prescindido de esa expresión toda vez que la devolución, dada la naturaleza del depósito, así tiene que ser. Por otra parte, sólo cuando las sumas amonedadas se entregasen en caja cerrada, sería posible la restitución de las mismas; cuando no, comentaristas como Duranton aconsejan, para que pueda surtir sus efectos la disposición legal, reseñar por escrito en el acto del depósito la naturaleza de las especies entregadas. Los depósitos en oro que se hacen en nuestros días en el Banco de España nos ofrecen una aplicación práctica de este principio.

La disposición más interesante es la consignada en el párrafo inicial del art. 1770. La cosa depositada será devuelta con todos sus frutos y accesiones. No ha menester de grandes encarecimientos la justificación del precepto legal, porque siendo el depositante el propietario de la cosa depositada, *ipso jure* le pertenecen sus frutos y accesiones. Sería inútil insistir sobre la falta de derecho del depositario á los mismos, habida cuenta de lo claro y terminante del precepto.

Si la materia del depósito fuera una cantidad de dinero, ¿deberá el depositario los intereses? He ahí una cuestión que planteada por civilistas tan preclaros como Duvergier, resuelve Laurent acertadamente, en nuestro juicio, en sentido negativo. Fúndase para ello en que no siendo el dinero productivo por sí mismo, es evidente la carencia de derecho en el depositante á exigirlos, y en que al depositario no se le confía el dinero para su colocación, único medio de que produzca interés. Si tal se hiciera, no habría un contrato de depósito, sino un mandato.

Al comentar el art. 1766, ya decíamos que tratándose de valores fiduciarios, debía el depositario, como deber inherente á la

custodia y conservación del depósito, cobrar y percibir los intereses representados por los cupones, ó su capital si llegara el caso de su amortización. Expresamente corrobora este deber el art. 1770, extensivo, no sólo á los intereses de valores de esta ó de aquella clase, sino á todos los créditos que, confiados en depósito, pudieran devengarlos. La frase *frutos y accesiones*, es tan amplia y comprensiva, que cualquiera que sea la naturaleza de la cosa depositada, por ejemplo, depósitos de semovientes, hállase abarcada en ella. La razón jurídica que abona el precepto, es el respeto al derecho de dominio cuya plena posesión corresponde al depositante, y además, porque á tal restitución de los frutos, aun prescindiendo de esta fundamental razón, estaría obligado por los preceptos que regulan la naturaleza y efectos de las obligaciones.

Contiene el artículo objeto de este comentario un segundo párrafo en el que se declara: «Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el art. 1724.» Dispone la ley que deberá los intereses de las cantidades aplicadas á usos propios desde el día en que lo hizo, así como también de las que quede debiendo, fenecido el contrato, desde que se haya constituído en mora. Ahora bien; en virtud del precepto legal, es aplicable al depositario que se encuentre en idénticas circunstancias la misma sanción; ¿pero ello es justo? ¿Hay esa identidad entre el mandatario y el depositario? Desde el punto de vista moral, claro es que un depositario, al aprovecharse del dinero que se le confió en depósito, es un depositario infiel; pero, ¿la posición y las consecuencias de este hecho son las mismas para el mandante que para el depositante? He aquí el punto de vista para la crítica de la disposición legal. El mandatario que se lucra con las cantidades recibidas por razón del mandato y para su ejecución, al no darlas ese destino y convertirlas en su provecho, causa un perjuicio real y efectivo al mandante. El depositario que utiliza el dinero del depósito, y que con relación á él no tiene más deber que su conservación y custodia, si reclamada su devolución lo restituye al depositante, perjuicio

no le ha causado ninguno, pero moralmente ha hecho mal; que faltó á su deber legal, también es cierto; pero lo que jurídica y legalmente se entiende por daño y perjuicio no existe, pues realmente no causó ninguno al depositante. No hay paridad en la posición del depositario con la del mandatario, y, por tanto, no es justo que, á título de ella, se regule con la misma norma la falta del uno y la del otro. Otra cosa sería si la sanción respondiera sólo al incumplimiento del deber; pero en tal caso, huelga la equiparación hecha por el texto legal. En cuanto al devengo de intereses por razón del retardo en la restitución, ello es tan evidente, que huelga toda palabra en abono de una regla que tiene su fundamento en los principios generales ya explicados, sosteniendo la misma doctrina nuestro Código.

Troplong, en su tratado sobre el *Depósito*, afirma que el depositario, al servirse del dinero confiado á su custodia, se hace reo de un hurto; y como el ladrón está siempre en mora, de ahí que pueda exigírsele el devengo de intereses desde el día en que se aprovechó de ellos.

II. *Precedentes.*—Los constituyen en el Derecho romano los párrafos 5.° y 24 de la ley 1.ª, tít. 3.°, libro 16 del Digesto. *Quæ depositis rebus accedunt (licet ipsa propiae non sit deposita) ut puta si homo vestitus, equus cum capistro deponatur. Et ideo fructus et omnem causam et partum in hanc actionem, venire descendum est.* En el derecho patrio, el último párrafo de la ley 8.ª (tít. 3.°, Partida 5.ª), consagra idéntico principio. «Si la cosa dada en condessijo es de tal natura que dé fruto de sí, tenudo es de pechar los frutos que hubo de ella después que gela dió en guarda, é que pudiera aver después que la pidió el dueño ó sus herederos.» Como antecedente inmediato, puede reputarse el art. 1673 del Proyecto de 1851.

III. *Concordancias.*—El art. 1936 del Código francés consigna igual obligación de restituir los frutos; pero no establece sanción alguna por la utilización en interés propio del dinero depositado, limitándose á consignar los que devengue desde el día en que se constituyó el depositario en mora para la restitución.

Análogo precepto contienen el art. 1852 del italiano; 1755 del holandés; 1420 del cantonal de Vaud; 478 del Federal de obligaciones; 2919 del de la Luisiana, y el párrafo 2.º de los artículos 1435 y 1436 del Código portugués. De los Códigos americanos, limítanse á consignar la obligación de restituir la cosa con sus frutos y accesiones, el de Chile, art. 2229; Méjico, 2679; Guatemala, 1961; Uruguay, 2217; Venezuela, 1739. Todos ellos agregan que el depositario no debe intereses del dinero depositado sino desde el día en que se haya constituído en mora por no hacer á su tiempo la restitución.

ARTÍCULO 1771

El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada.

Sin embargo, si llega á descubrir que la cosa ha sido hurtada y quién es su verdadero dueño, debe hacer saber á éste el depósito.

Si el dueño, á pesar de esto, no reclama en el término de un mes, quedará libre de toda responsabilidad el depositario, devolviendo la cosa depositada á aquel de quien la recibió.

I. *Referencia.*—En nuestro antiguo derecho, inspirado en el romano, se consignaron cuatro excepciones á la obligación que el depositario tiene de restituir el depósito cuando el depositante lo reclama. Expusimos la doctrina vigente respecto á esas excepciones al comentar el art. 1766, consignando que la excepción de restituir, por no ser el depositante propietario de la cosa, sería examinada al tratar de la disposición contenida en el 1771, por ser éste su lugar apropiado.

No puede el depositario exigir al depositante las pruebas de ser propietario del depósito, y la razón es clarísima. No exigiendo la ley la condición de ser dueño ó señor de la cosa para efectuar el depósito, resultaría contradictorio á su letra y á su espíritu facultar al depositario para exigir la prueba al depo-

sitante de su condición de propietario. Por otra parte, conferir esta facultad valdría tanto como abrir la puerta á la mala fe y al fraude, haciendo ilusoria en depositarios infieles la sagrada obligación de restituir el depósito, porque les bastaría excepcionar la necesidad de aquella prueba para retener bajo su dominio las cosas que debían devolver al primer requerimiento del depositante.

Hipótesis distinta es la que plantean y solucionan de perfecto acuerdo con la justicia y la equidad los párrafos 2.º y 3.º del texto legal. Trátase en ellos del depósito de una cosa hurtada y de que esta condición suya llegue á conocimiento del depositario, logrando averiguar después quién sea el verdadaro dueño. A tenor de la disposición legal debe ponerlo en conocimiento de éste para que la reivindique en término de un mes, transcurrido el cual sin deducir su reclamación, quedará el depositario libre de toda responsabilidad devolviéndola al depositante.

El supuesto del Código requiere dos condiciones que acaso en realidad no se den siempre conjuntas, como son que el depositario sepa que la cosa es robada ó hurtada, y que sea conocido su dueño. Cuando esto último no suceda, como el depositante puede reclamar la cosa depositada sin tener que acreditar su dominio, bastándole para ello el título del depósito, cumplirá el depositario con su deber restituyéndola. Los jurisconsultos romanos establecieron análogo principio. *Si praedo vel fur deposuerint et hos Marcellus putat recte depositi acturus;* pero en el caso de ser conocido el dueño, deberá cumplir con el deber que la ley le impone de notificarle el depósito. Esta notificación deberá hacérsela de un modo fehaciente con expresión de la fecha en que se verifique para la facilidad en el cómputo del plazo, durante el cual ha de ejercitar aquél la acción reivindicatoria derivada de sus derechos dominicales. Si no lo hace, la liberación de responsabilidades para el depositario al entregar la cosa al depositante está justificada, porque el silencio del dueño equivale á la renuncia tácita de sus derechos. De aquella suerte, por una decisión judicial, resolutoria de la acción interpuesta por el dueño,

queda libre el depositario de la responsabilidad que la ley le impone de entregarla al depositante, haciendo la entrega al señor de la cosa. La doctrina legal hállase inspirada en las conclusiones del famoso jurisconsulto Trifon, que merecieron el honor de formar las leyes del Digesto sobre esta materia. Adviértese por el simple cotejo de los textos, el carácter restrictivo que el derecho moderno da á la excepción, tendencia abonada por el carácter de esta relación contractual.

Una hipótesis hay no prevista por el Código, y es la de la cosa perdida por su dueño y dada por el que la encontró en depósito. ¿Será aplicable por analogía á este caso la disposición del art. 1771? Inclinan la voluntad á sostener opinión afirmativa los principios de equidad, mas teniendo en cuenta el carácter excepcional de los preceptos contenidos en los párrafos 2.° y 3.° con relación al pricipio generador del depósito y la obligación de restituir sin previa justificación de la propiedad del depósito, como inherente á las que el depositario tiene, correlativa aquélla al derecho del depositante de pedirle cuando quiera, no parece que se deba extender la excepción más allá de los límites impuestos por el legislador. En cuanto á la analogía entre ambas hipótesis, es bastante discutible, porque en la primera (la del Código) hay un motivo de orden público que exige imperiosamente la restitución de la cosa al propietario despojado por un crimen, el robo ó el hurto; y si no lo hiciera sabiendo esta condición y conociéndose el propietario, se convertiría en cómplice de un delito. Estos motivos de orden público, no pueden invocarse en el segundo supuesto, y por consiguiente, si el legislador no juzgó prudente extender la excepción, el hacerlo por simples motivos de analogía, es ir más allá de lo que consiente una racional exégesis.

II. *Precedentes.*—Lo son en el derecho romano, el párrafo 39 de la ley 1.ª, título 3.°, libro 16 del Digesto, y la 31 del mismo título y libro. Estas leyes no imponían la obligación de avisar al dueño.

En nuestro derecho, el Fuero Real comprendió no sólo las

dos hipótesis examinadas en el comentario, sino también la de que la cosa hurtada se depositara en poder de su dueño; en tal caso, cesaba la obligación de restituir. Las leyes de partida copiaron literalmente las del Digesto, é inspirada en ellas está la disposición contenida en el art. 1675 del Proyecto de 1851, sin más diferencia con relación al texto vigente que la de no señalar el plazo para el ejercicio por el dueño de sus derechos de la manera tan precisa como éste lo hace, empleando la fórmula vaga de «plazo señalado y suficiente».

III. *Concordancias.*—El Código civil francés, en el art. 1938, contiene análogo precepto, no diferenciándose del nuestro sino en el empleo de la fórmula «plazo determinado y suficiente». Concuerdan con la letra de este precepto los Códigos italiano, holandés y los cantonales de Suiza. El de Portugal minora el plazo reduciéndolo á quince días para deducir la reclamación judicial contados desde la fecha del aviso. Entre los Códigos americanos, reproducen substancialmente el precepto francés los de la Luisiana y Bolivia. En el de Chile, no se prevee al caso á que se contraen estos artículos. En el de Venezuela, se faculta al depositario para señalar el plazo durante el cual haya de ejercitar el dueño sus derechos, libertándose válidamente de toda responsabilidad cuando transcurrido el término entrega el depósito al depositante. Idénticas disposiciones contienen los de Méjico, Guatemala y Uruguay.

ARTÍCULO 1772

Cuando sean dos ó más los depositantes, si no fueren solidarios y la cosa admitiere división, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte.

Cuando haya solidaridad, ó la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los arts. 1141 y 1142 de este Código.

El art. 1677 del Proyecto de 1851, redactado en su primer párrafo en forma análoga á la del presente, inspirándo-

se en los párrafos 44 y 36 de la ley 1.ª del título consagrado al depósito en el Digesto, partía de la hipótesis de la mancomunidad. Más exacto nuestro Código, emplea la palabra *solidaridad*. El francés y los que le siguen guardan silencio (1), mas la falta de concordancias con ajenas legislaciones no puede implicar censuras.

Prevee un caso cuya posibilidad no es dudosa: el depósito constituído á un tiempo por varios depositantes copropietarios del mismo; y dispone, que si el depósito admite división, viene obligado el depositario á la restitución parcial de su parte alícuota á cada depositante. Esta restitución parcial hállase condicionada en primer término por el carácter mancomunado con que el depósito se hubiere hecho, y después por su divisibilidad. Faltando cualquiera de estas condiciones, preceptúa el artículo que se esté á lo dispuesto en el 1141 y en el 1142, y, en su virtud, las doctrinas legales sobre la solidaridad de las obligaciones regirán con absoluto imperio la constitución colectiva de los depósitos, bien se hubieren verificado con tal intención, ó no fueren divisibles. Y si la esencia jurídica de la solidaridad consiste en hacer efectivos cualquiera de los acreedores los derechos de todos; si ella equivale á la mutua representación, á un recíproco mandato para ejercer sus derechos propios en igual forma que los ajenos, considerada con relación al depósito, vale tanto como decir que cada depositante por sí y en representación de los demás, puede pedir al depositario la restitución de la cosa depositada, quien estará obligado á ello sin que quepa argüir el carácter colectivo con que se hizo su constitución, derivando de esta entrega á un solo depositante la liberación de sus responsabilidades con relación á los demás.

Mas la referencia hecha por el Código al art. 1141 implica la cuestión de si, disponiendo éste que la solidaridad de los acreedores se entienda en lo beneficioso y útil, y no en lo perjudicial, podrá uno de los depositantes pedir la devolución, y estará obli-

(1) Exceptúase el de Portugal, art. 1443.

gado el depositario á restituir, aun siendo manifiesto el perjuicio que pueda irrogarse á los demás. La solución de este problema hállase desenvuelta en el comentario del art. 1141. Dijimos allí que no obstante su letra, concordando su espíritu con la doctrina mantenida por el Código en el 1143, debía prevalecer y estimarse aceptada por él la solución romana, á cuyo tenor cada acreedor solidario, sin perjuicio de responder luego ante los demás, puede ejecutar respecto de los derechos de todos, cuantos actos pudiera ejecutar si fuera acreedor único. Esta solución tiene como toda regla de carácter general sus excepciones. Si en toda obligación solidaria deben distinguirse dos aspectos fundamentales en la relación jurídica implícita en ella, cuales son el de la relación entre el acreedor que actúa á nombre de los demás con el deudor, y el de aquél con sus compañeros, es evidente que tratándose de un depósito, el depositario estará obligado á la restitución sin pararse á considerar si ella es ó no perjudicial á los demás. En el supuesto de que lo sea, como el acreedor reclamante ha ejecutado un acto perjudicial, surge al momento la obligación de indemnizar á los demás en la medida del daño y del perjuicio causado.

La referencia al art. 1142, resuelve el caso de ser varios los depositantes que á un tiempo reclamaran la restitución y no fuera divisible el depósito. El depositario conserva, como todo deudor, un derecho de opción, facultad libérrima para devolver la cosa al depositante que quiera, exceptuando el caso de reclamación judicial, porque entonces la restitución deberá ser hecha al acreedor demandante.

Cuando en el contrato se hubiere pactado la entrega á uno de los depositantes, aun siendo varios, y propiedad de todos ellos la cosa depositada, sea ó no divisible, el depositario deberá hacer la restitución á la persona designada, porque si bien la constitución fué colectiva, como hay en el pacto indicación de persona á quien la restitución ha de hacerse, regirá lo dispuesto en el art. 1766.

ARTÍCULO 1773

Cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito sino á los que tengan la administración de sus bienes y derechos.

Basta la simple lectura del texto legal para excusar largas digresiones sobre su finalidad y sobre su fundamento jurídico. Cuando después de constituído el depósito sobreviene un estado de incapacidad, el depositario debe hacer la restitución á quien tenga por título legal la representación del incapacitado. Aplica el legislador á la materia del depósito las doctrinas generales en este caso, que regulan la capacidad para contratar Así, una mujer que hubiera constituído un depósito, si casó después y continúa bajo la autoridad del marido, éste será quien á título de su representante legal podrá pedir y obtener su devolución. Lo mismo puede decirse de los demás que habiendo constituído el depósito con plena capacidad, la perdieron por cualquiera otra de las causas que en derecho motivan su alteración.

En la hipótesis inversa rige el mismo principio, como demostramos al comentar los arts. 1764, 1765 y 1766. La razón es obvia, porque recobrada la capacidad legal, la persona á cuyo nombre se constituyó el depósito ejercita sus derechos por sí misma, y huelga la representación que antes contrató con el depositario. Ahora bien: según doctrina establecida por el Tribunal Supremo, para la efectividad de los derechos que á la devolución del depósito tiene quien adquiere ó recobra su capacidad, es preciso que lo notifique al depositario, pues mientras así no suceda, si éste devuelve la cosa al depositante, subsistiendo el concepto con que la depositó, estará libre de toda responsabilidad. (Sentencia de 21 de Marzo de 1901.)

Los precedentes legales del texto vigente hállanse en el Proyecto de 1851, cuyo art. 1678 sancionaba la misma doctrina, sin

más diferencia que la de exponer como ejemplos el caso de la mujer que cambia de estado, y del mayor de edad sometido á curaduría. Unos y otros huelgan por la claridad con que está redactada la doctrina en el texto vigente.

El derecho romano ordenaba que, en caso de confiscación, el depósito se restituyera al Fisco. De los Códigos modernos, sientan igual principio que el nuestro: el francés, en su art. 1940; el italiano, en los suyos 1856 y 1857. El holandés añade: «A menos que el depositario tenga justas causas para ignorar el depósito.» Los Códigos cantonales suizos siguen, así como el Federal de obligaciones, á la letra el texto francés en los artículos siguientes á los citados en los comentarios á los anteriores. El Código de Portugal desarrolla la misma doctrina en los suyos 1445 y 1446. De los Códigos americanos concuerdan el de Bolivia y la Luisiana; guarda silencio el de Chile, si bien de la doctrina sostenida en el art. 2218, al decir que el depósito no puede tener pleno efecto sino entre las personas capaces de contratar, infiérese la adopción del mismo principio, sucediendo lo propio con los de Méjico, 2684; Guatemala, 1963; Uruguay, 2218, y el de Venezuela, en el 1743 y 1744.

ARTÍCULO 1774

Cuando al hacerse el depósito se designó lugar para la devolución, el depositario debe llevar á él la cosa depositada; pero los gastos que ocasione la traslación serán de cargo del depositante.

No habiéndose designado lugar para la devolución, deberá ésta hacerse en el que se halle la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no haya intervenido malicia de parte del depositario.

Tampoco la redacción de este artículo ofrece, por su claridad, dudas de ninguna especie para su perfecta aplicación. Su

primer párrafo consagra, de acuerdo con los principios generales del derecho, la voluntad de las partes como ley constitutiva de la relación jurídica; en su virtud, si se designó en el contrato lugar para la devolución, allí deberá verificarse ésta. La disposición, según la que los gastos de traslación son de cuenta del depositante, hállase basada en principios de derecho y de equidad, porque no obligándose el depositario más que á la custodia y restitución de la cosa, sería injusto obligarle al abono de esos gastos, tanto más cuanto que el depósito se hace en utilidad del depositante, y por ende nunca mejor aplicado, para justificar el precepto legal que el viejo apotegma de *et officium suum nemini debet esse damnosum*.

Por el segundo párrafo se prevé el caso de que no se hubiera pactado el lugar de la restitución. Implica este supuesto dos hipótesis distintas, cuya posibilidad en la vida real es indiscutible: primera, que la cosa se halle depositada en el lugar donde se verificó el contrato, esto es, en el de la constitución del depósito; y segunda, que no coincidan, siendo distintos el lugar de la constitución de aquel en que se halla depositada al tiempo de ser exigible la restitución. En el primer caso, aplícanse los principios generales que regulan la determinación del lugar en el cumplimiento de las obligaciones. (Véase el art. 1171 y su comentario.) En el segundo, conságrase una excepción abonada por los principios de derecho y de equidad antes aludidos, sin más limitación que la de no haber intervenido en el traslado de la cosa á sitio distinto de la constitución del depósito malicia por parte del depositario. Nuestro Código aventaja en este punto en claridad al francés y á cuantos siguen sus inspiraciones, porque resuelve la duda á que daba lugar la redacción de aquéllos, al decir que á falta de pacto la devolución se haría en el lugar mismo del depósito, discutiéndose por la doctrina si debía entenderse por tal, el lugar de la constitución ó aquel donde existiera la cosa al tiempo de restituirse. El Código, al hacer la aclaración expuesta, se ha inspirado en el pensamiento de Pothier, sancionando hasta la misma restricción por él impuesta de que no ha

de existir por parte del depositario malicia en la traslación (1).

Precedentes.—En nuestro derecho patrio se aplicaron, á falta de disposiciones en nuestros Códigos, las del Digesto, como lo testimonia la jurisprudencia y las doctrinas de los civilistas (2), contenidas en la ley 12 del tít. 3.° del libro 16, en cuyo sentido se inspiró el art. 1680 del Proyecto de 1851, antecedente inmediato del texto vigente.

Concordancias.—Concuerdan en el fondo con esta disposición los artículos 1942 y 1943 del Código francès; 1858 y 1859 del italiano; 1447 del portugués; los cantonales suizos de Vaud, Neuchatel, Valais, Friburgo y Berna, en los siguientes á los citados en los comentarios anteriores; el Federal de obligaciones compendia sus doctrinas al disponer en el 480 que la restitución ha de efectuarse por cuenta y riesgo del depositante y en el sitio mismo en que debió guardarse el objeto. De los Códigos americanos coinciden el de Bolivia y la Luisiana (artículos 2005 el primero y 2925 y 2926 el segundo). Nada dice el de Chile respecto al lugar de la restitución, por lo que son de aplicar las reglas generales; si consigna que los gastos del transporte son de cuenta del depositante (art. 2232). Los de Méjico, en el 2681, Guatemala, en el 1964, y Uruguay, en el 2219, sancionan los mismos principios que los demás Códigos europeos, y el de Venezuela, en el 1745, copia á la letra nuestro artículo.

ARTÍCULO 1775

El depósito debe ser restituído al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo ó tiempo determinado para la devolución.

Esta disposición no tendrá lugar cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario, ó se haya notificado á éste la oposición de un tercero á la restitución ó traslación de la cosa depositada.

---

(1) Pothier, *Du depot.*

(2) Gutiérrez, Viso, Falcón, Sánchez Román, etc.

I. *El depositante no está ligado por el término.*—Este principio, de carácter verdaderamente excepcional, tiene su fundamento en que estipulado el plazo en favor del depositante, puede entenderse renunciado válidamente siempre que aquél lo reclamare. Ni motivos jurídicos ni de equidad, podría invocar el depositario para retener el depósito, porque, como ya dijimos al comentar el art. 1766, no puede hacerlo á título de derecho, dado que el plazo fué convenido á título de obligación.

Excepción al principio consignado en el primer párrafo, es la disposición contenida en el segundo. A su tenor, cesa la obligación de restituir cuando un embargo judicial obliga al depositario á retener en su poder el depósito ó cuando se le notifica la oposición de un tercero á la devolución ó á la traslación de la cosa. En el primer supuesto, la doctrina del Código tiene los mismos fundamentos é idéntica finalidad que los consignados al comentar el art. 1165. El depositario, si contraviniendo el embargo, restituyera el depósito, desobedecería la orden judicial y sería responsable de los perjuicios que la restitución ocasionara al acreedor embargante.

En la segunda hipótesis, ó sea la de la oposición, se fundamenta en que, derivándose la acción ejercitada de un derecho real, se inferiría un agravio al derecho del tercero con la restitución. El depósito, en ese caso, estará subordinado á una resolución de los Tribunales, y, mientras éstos no decidan, no puede válidamente verificarse aquélla. Lo mismo los comentaristas del Código francés, que los redactores del Proyecto de 1851, profesaron esta doctrina. El Tribunal Supremo había sancionado este criterio legal antes de la publicación del Código, al declarar que, obligado el depositario á tener en tal concepto la cantidad embargada á disposición del Juzgado, cualquier otro embargo posterior no le exime de la obligación de responder del primero. (Sentencia de 10 de Noviembre de 1871.)

II. *Precedentes.*—Abonan la doctrina sustentada por el artículo 1775, la ley 2.ª, párrafos 45 y 46 del título que al Depósito consagra el Digesto, en cuanto á la potestad del depositante

para reclamar cuando quisiere la cosa, disposición copiada por la ley 5.ª de Partida (tít. 3.º, Partida 5.ª). El Proyecto de 1851 añadió el precepto relativo al embargo ú oposición por un tercero, hallándose copiado literalmente por el texto vigente.

III. *Concordancias.*—Concuerda éste á la letra con el artículo 1944 del Código francés; 1860 del italiano; 1448 del portugués; 1762 del de Holanda; 54, tít. 14, del antiguo prusiano, y 962 del austriaco. El Federal suizo de las obligaciones, consigna el mismo principio en el art. 482, imponiendo al depositario, en su párrafo final, la obligación de avisar inmediatamente al depositante, en el caso de embargo ó de simple reivindicación.

Entre los Códigos americanos, concuerdan con nuestro texto, el 2926 de la Luisiana. El de Chile, en el 2226, determina que el plazo fijado para la restitución, es sólo obligatorio para el depositario. Al final contiene la salvedad de los casos que las leyes determinan, aludiendo, según el sentir de la jurisprudencia y la doctrina, al embargo y á la demanda reivindicatoria formulada por un tercero.

Inspíranse en el texto francés, los de Méjico, Guatemala y Uruguay, en los artículos siguientes á los comentados en el artículo anterior. El de Venezuela, art. 1746, es idéntico al nuestro en su párrafo primero; nada dice del embargo ó de la oposición, y en cambio hace constar que, cambiada la naturaleza del depósito por haberse consentido al depositario el uso de la cosa, está sujeto al término estipulado por el depositante.

ARTÍCULO 1776

El depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación.

No es contradictorio de lo dispuesto en los artículos anteriores, respecto al plazo para la restitución, obligatorio para el depositario y no para el depositante, lo prevenido en este artículo,

justificándose el texto legal aun por la misma índole del contrato de depósito. Por lo mismo que es oficio de amistad y que se inspira en elevados sentimientos de orden moral, no sería justo ni equitativo obligar al depositario á seguir custodiando y guardando el depósito si por tal causa podían acaecer graves perjuicios en su persona ó intereses. El transcurso de un largo tiempo desde que el depósito se constituyera; la necesidad de ausentarse el depositario á tierras lejanas; el grave peligro de que la cosa se pierda, condicionado con el natural deseo de rehuir esta responsabilidad; he ahí, según García Goyena, ejemplos de legítimas causas para la restitución del depósito antes de vencido el término. Cuando ellas acaezcan, lo natural será que puestas en conocimiento del depositante, sin necesidad de mayores requerimientos, se apresure á retirar el depósito; si lo resistiese, podrá obtener del juez su consignación.

Ahora bien; la interpretación de este precepto ha de ser restringida; esto es, los motivos han de ser reales y eficaces, y no sólo han de ser así, sino que deben alegarse con oportunidad, pues de lo contrario el depositario, al igual del mandatario, con una renuncia intempestiva podría ocasionar graves perjuicios al depositante. Con este sentido ha definido el Tribunal Supremo el alcance de este artículo al declarar que no puede hacerse la renuncia por la libre voluntad del depositario, sino previa justificación de los motivos, entendiendo y declarando que no son legítimos aquellos que conocidos por el interesado al aceptar el cargo, no fueron alegados oportunamente, ni aun siquiera la falta de salud, cuando no se aduce en tiempo debido. (Sentencia de 3 de Octubre de 1902.)

Precedentes.—Es en el derecho romano donde hay que buscar, cual siempre sucede, aquella elevada doctrina que encarnó en sus disposiciones *aequiues est nemini officium suum quod ejus cum quo contraxerit non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse;* y en tal disposición constitutiva de la ley 61 del tít. 2.º, libro 47 del Digesto, han ido á buscar los Códigos modernos la génesis de esta disposición. En ella se inspiró y en la 5.ª del tí-

tulo 3.º, que exige las justas causas para la renuncia, nuestro Proyecto de 1851.

Concordancias.—Entre los Códigos es digno de advertirse que el francés no contiene una disposición parecida. El italiano coincide en el fondo con la doctrina mantenida en el nuestro, como lo demuestra el párrafo segundo del art. 1860; el portugués en el 1449, y el holandés, 1763. El Código federal de Suiza, compendiando el espíritu de los Códigos cantonales en el artículo 479, faculta al depositario para devolver la cosa al depositante cuando circunstancias imprevistas le obliguen á ello, bien sean con relación al depósito ó á sí mismo. Disposición semejante es la del párrafo final del art. 2227 del Código chileno, concordando con el mismo el 2681 de Méjico; 1965, de Guatemala; 2219 del Uruguay, y el de Venezuela en el párrafo segundo del 1746.

ARTÍCULO 1777

El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado á entregar ésta al depositante.

Si es principio inconcuso sancionado en el derecho positivo de algunos países (Francia, Bélgica, Italia, etc.), y que tiene sus precedentes en alguna antigua ley de Partida inspirada en el Digesto, el de que la restitución del depósito ha de hacerse en el estado en que se encuentre, no siendo imputables al depositario—salvo su culpa—los deterioros que pudiera haber sufrido, también lo es que, con arreglo á los principios generales del derecho contractual, no responde del caso fortuito, salva las limitaciones explicadas al comentar el art. 1766. En el presente, viene el Código á sancionar la doctrina común. Se basa su texto en el supuesto de que habiendo sido arrebatada la cosa por una fuerza mayor, hubiera recibido el depositario el precio de la misma ú otra en sustitución de la depositada. Pothier, con aquella admirable claridad que le caracteriza, da un ejemplo, sirviéndo-

nos del cual se hará perfectamente comprensible su alcance práctico, y por tanto, las aplicaciones que pueda tener en la realidad. En un tiempo de carestía y de gran escasez de trigo en el mercado, el depositario se ve compelido por el Magistrado de la ciudad á venderlo á determinado precio y á recibir la remuneración. En caso tal, el depositario se libera de todas sus responsabilidades con relación al depositante restituyéndole el precio recibido. Generalizando la doctrina, cabría haber formulado el precepto diciendo: que la fuerza mayor ó el interés público, determinan la liberación de las responsabilidades en caso de pérdida del depósito. Las aplicaciones de este precepto á los casos de requisiciones forzosas por causas de guerra ó de alteraciones de orden público, son clarísimas, deduciéndose de ellas la necesidad y justicia del precepto.

Conexionada con la interpretación de este artículo, y como derivación del mismo, plantéase el problema de si el depositario, teniendo una acción para pedir que se le indemnice por la requisición forzosa, es él quien únicamente tiene derecho á ejercitarla. Á primera vista parece, puesto que es el dueño de la acción, que á él corresponde su ejercicio; mas como deriva de un depósito, y las de carácter dominical pertenecen al dueño, como consecuencia de esto el depositante podrá exigir al depositario la cesión, y entonces será cuando tenga acción para interponerla.

La disposición contenida en el art. 1777 concuerda á la letra con la del 1934 del Código francés y 1850 del italiano. No tiene el Código de Portugal una disposición que armonice con éstas; antes bien, en su art. 1451 dispone que el depositario que fuese perturbado ó desposeído de la cosa depositada, deberá dar aviso inmediatamente al depositante, tomando la defensa de los derechos de éste hasta que disponga lo que debe hacerse, quedando sujeto á las consiguientes responsabilidades de daños y perjuicios de no dar el aviso ó no tomar dicha defensa. Los demás Códigos europeos siguen la doctrina francesa, y cuando no la formulan en artículos especiales, como el de Holanda y el federal

de Obligaciones de Suiza, 481, hállase implícita en los principios generales á cuyo tenor no responde la parte, según queda dicho, ni del caso fortuito ni de la fuerza mayor. Entre los americanos, los de Luisiana y Bolivia reproducen literalmente el texto francés El de Chile, en su art. 2230, consigna idéntico principio, si bien por la forma de su redacción da á entender que el causante de la fuarza mayor ó del caso fortuito puede abonar al depositario, bien su precio ó dar otra cosa en su lugar, siendo lo que recibiere lo que el depositario ha de entregar al depositante. Los Códigos de Méjico, Guatemala, Uruguay y Venezuela coinciden en el fondo con la disposición del precepto comentado.

ARTÍCULO 1778

El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado á restituir el precio que hubiese recibido ó á ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado.

Es principio de derecho contractual que las obligaciones de las partes se transmiten á sus herederos. Mas si el depositario reponde de los deteriores ó pérdida de la cosa, cuando le son imputables por su negligencia ó por su culpa, sin que valga la excusa de su ignorancia, sus herederos, en cambio, pueden prevalerse de la ignorancia del depósito, cuando la vendieren en tal supuesto. Como su buena fe — circunstancia exigida por el Código y base del precepto —, excluye toda idea fraudulenta, de ahí la total exclusión de responsabilidades penales, que, á más de las civiles, alcanzan al depositario infiel (responsabilidades en cuyo examen no hemos entrado por transcender del orden civil al penal). Cuáles son los límites de la civil que alcanza al heredero vendedor del depósito creyendo que era suyo, decláralos el texto legal al decir que está obligado á entregar al depositante el precio recibido ó la acción derivada del contrato de compraventa. Si así no lo hiciera, conocido el hecho, incurri-

rá en responsabilidad, porque, como dice la ley de Partida, se enriquecería *torticeramente* y en perjuicio de otro. No sin razón, antes bien justificadamente, la obligación para el heredero se limita á la restitución del precio recibido, y no del valor real de la cosa. Los principios de equidad rechazarían esta última hipótesis.

Se ha criticado el texto legal en cuanto no confiere al depositante una acción directa contra el comprador de la cosa, toda vez que él es el verdadero propietario, pero sin razón, á nuestro juicio, porque el derecho al precio pertenece al vendedor, sea ó no el dueño, opinión robustecida por la consideración de no ser en este caso el propietario parte en el contrato. Alega Duvergier (1) que la cesión, más que inútil, resulta imposible; prescinde de demostrar esta imposibilidad, siendo por ello ocioso refutarla. Finalmente, los derechos del depositante son los del propietario, y los del vendedor no pueden equipararsele, siendo preciso la cesión ordenada por el Código, solución verdaderamente jurídica.

Concluye el Código con este artículo la enumeración de las obligaciones del depositario; enumeración bastante completa y detallada, aun cuando otra cosa digan los críticos que echan de menos disposiciones como las contenidas en el Código Napoleón y en cuantos siguen sus inspiraciones, referentes á los efectos que la muerte del depositante produce con relación á la entrega de la cosa por el depositario á los herederos, así como á la declaración de que cesan todas las obligaciones del depositario con relación al depositante, cuando descubre que la cosa depositada le pertenece. En uno y en otro caso está indicada la solución jurídica por el mismo Código, sin que sea necesario complicar con nuevos artículos esta materia. Si el heredero es uno, como continúa la personalidad del depositante en orden á los derechos que del depósito derivan, claro es que le corresponden en toda su integridad. Si son varios, caso de haber designado el testador á

(1) Duvergier, *Du prêt*, pág. 542.

quién dejaba la cosa depositada, como su voluntad es ley, éste será quien pueda exigir al depositario la devolución. A falta de esta voluntad, si la cosa admite partes reales, se restituye á cada uno su parte; en último término la recogerá aquel á quien en la partición se adjudique. Adviértese por estas soluciones que, cualesquiera que sean las circunstancias del caso, no transciende de los principios generales la que jurídicamente debe darse, siendo evidente la repetición de aquellas fórmulas por otros Códigos apuntados.

Lo mismo cabe decir en cuanto al supuesto de la propiedad del depósito por el depositario. Si restituyera, negaría el propio derecho; negándose á hacerlo, lo afirma; y si el depositante insiste, planteada la litis, versaría ésta sobre la propiedad de la cosa, porque sólo á tal título habría sido denegada la devolución.

Concordancias.—Concuerdan en su espíritu y aun en su letra con el texto legal, el 1935 del Código francés; 1851 del italiano; 1764 del holandés. Los Códigos cantonales suizos y el Federal de obligaciones, en los artículos siguientes á los citados en el comentario á los anteriores. De los Códigos americanos, el de Chile previene que es potestativo en el depositante hacer uso de la acción reivindicatoria; y caso de no querer ejercitarla, ó de que ejercitada resultara ineficaz, puede entonces compeler á los herederos á la restitución del precio recibido, ó á la cesión de las acciones que les competan en virtud de la enajenación. Coinciden en el fondo con esta disposición los Códigos de Méjico, artículo 2700; Guatemala, 1967; Uruguay, 2230, y Venezuela en el 1746.

SECCIÓN CUARTA

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

ARTÍCULO 1779

El depositante está obligado á reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación

de la cosa depositada y á indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito.

ARTÍCULO 1780

El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

I. *Inteligencia de ambos preceptos.*—Los comentaristas del Código han criticado acerbamente el epígrafe de esta sección, acusando al legislador de desconocer la naturaleza jurídica del contrato de depósito; porque siendo éste—dicen—unilateral, mal pueden existir como derivadas del contrato mismo tales obligaciones (1). Sin dejar de reconocer la parte de razón que hay en esta crítica, como lo hicimos al juzgar de tales censuras con relación á la terminología en otros contratos de idéntica naturaleza, séanos lícito observar, en abono del legislador, que sean ó no derivadas de la intrínsica naturaleza del contrato, ó broten de hechos posteriores á su *perfección*, es lo cierto que al sobrevenir tienen todo el carácter y toda la realidad jurídica de una verdadera obligación del depositante, que se traduce en un derecho del depositario á exigir su cumplimiento. Por otra parte, no ya por hechos posteriores que puedan tener ó no efectividad, sino arrancando de la esencia misma del contrato, está la obligación del depositante de abonar al depositario la retribución pactada. Infiérese de lo expuesto, que la crítica tiene más de aparente razón que de sólido fundamento. No sucede así cuando se considera, como lo haremos seguidamente al examinar el texto del art. 1779, las omisiones verdaderamente notables en las que incurre el Código en esta materia.

Hemos agrupado bajo un solo comentario los dos presentes artículos, porque estando tan íntimamente unidos en la mente del legislador, siendo el segundo como la sanción positiva y efi-

(1) Sánchez Román, obra y tomo citados, página 907.

caz que éste da á los deberes enumerados en el primero, no parece bien desunir lo que por naturaleza viene á estar como unido y enlazado.

La primera de las obligaciones del depositante en el orden del Código, es la de reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada. Evidentemente, esta obligación no nace del depósito mismo; deriva de un hecho accidental, pero que al acaecer trae un derecho para el depositario á reembolsarse de los gastos hechos y la obligación del depositante. Si en la conservación del depósito se han originado gastos, nada más justo que el deponente los satisfaga; de lo contrario, habría un enriquecimiento á costa ajena, condenado por las leyes. Ahora bien; ¿cuáles son los gastos cuyo reembolso debe abonar el depositante? Los necesarios no más; aquellos que el mismo hubiera tenido que hacer para la conservación de la cosa, estribando el fundamento jurídico en una presunción derivada del hecho mismo del depósito, por inferirse de él la voluntad de su abono, porque el mismo gasto hubiera realizado á tener la cosa consigo.

Los gastos útiles, avalorando si se quiere la cosa, no son precisos para su conservación. Por eso, á nuestro parecer, no se hallan comprendidos en el alcance del art. 1779; en primer término, porque el artículo no lo dice, y en segundo lugar, porque limitándose la obligación del depositario á la guarda de la cosa, carece de todo derecho para mejorarla, y, por lógica consecuencia, tampoco debe tener acción para reclamar esos gastos hechos sin derecho alguno. Civilistas franceses como Aubry y Rau, rechazan esta doctrina, fundándose en que aprovechándose de esas mejoras el depositante, se enriquece hasta cierto punto con los gastos hechos por el depositario, deduciendo que por lo menos, hasta donde ese provecho alcance, debe otorgársele la acción *de in rem verso*. Mas si se considera que allí donde hay contrato, expresión de la voluntad de las partes, manifestada con toda claridad, es inaplicable la doctrina de los cuasicontratos de donde aquella acción deriva, se ve cuán absurda

es semejante doctrina. Hasta los verdaderos principios de equidad, rechazan esta interpretación extensiva del texto legal, oponiéndose á que por título de impensas de utilidad más ó menos dudosa, haya el depositante de reembolsar gastos que no hubiera realizado á tener en su poder la cosa dada en depósito.

Se ha planteado también la cuestión de si con arreglo al artículo 1779, tendría derecho el depositario de reclamar el abono de intereses por los desembolsos hechos. A nuestro parecer, en el silencio del Código es preciso inferir una contestación negativa, abonada por el carácter excepcional que en todo el Código tienen los artículos en que se preceptúa el abono de aquéllos sin estar pactados ó sin estar debidos por la mora. Cuando la ley ha querido que se devenguen esos intereses, lo ha dicho claramente, y no diciéndolo, es hacer manifiesta violencia á su texto el pretender que de pleno derecho surjan por los desembolsos realizados, á favor del depositario.

Concluye el art. 1779 diciendo «y á indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito». Tal es la segunda y última obligación, según el Código, del depositante. Así, por ejemplo, si tratándose de un depósito de caballerías, éstas hubiesen contagiado con alguna enfermedad á las del depositario, el depositante tendrá el deber de indemnizarle de su pérdida. Acreditado el hecho del perjuicio, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, surge el derecho en el depositario y la obligación en el depositante. Avalora el fundamento jurídico del precepto, el hecho de que el depósito, por lo general, está siempre constituído en utilidad del depositante.

Conexa con esta obligación hállase la de si el depositante está obligado á declarar los vicios ó defectos de la cosa depositada, cuyo desconocimiento pueda ser causa de perjuicio para el depositario. Se ha hecho motivo de crítica la omisión por el Código de este deber, sin fundamento, según nuestra opinión, porque concebida en términos tan generales como lo está la obligación de indemnizar, declare ó no los declare los vicios ocultos, aquélla subsistirá, y por la regla de hermenéutica, que allí donde la

ley no distingue no debe distinguirse, resulta indiferente á los efectos de la indemnización el que se declaren ó no los vicios de la cosa. Claro es, que si por virtud de la declaración se pactara entre depositante y depositario la exención para el caso de perjuicio, la responsabilidad sería la establecida en el contrato, sobreponiéndose el ordenamiento contractual al legal.

No menciona el texto legal, entre las obligaciones del depositante, la de pagar la remuneración estipulada cuando el depósito fuera retribuído. Es omisión verdaderamente censurable é ilógica, toda vez que el Código admite aquella clase de depósitos (artículo 1760). Sin embargo, de su exigibilidad no puede dudarse, y más teniendo su fuente en el contrato mismo, en la estipulación pactada.

Autores hay, como Sánchez Román, que sostienen ó dan á entender que si hay remuneración y se abona, cesa en el depositante la obligación de indemnizar los perjuicios, opinión á nuestro parecer aventurada por ser ambas exigibles de derecho, arrancando una de la voluntad, y la otra de ley, no pudiendo además presumirse su carácter alternativo, porque nada hay que autorice semejante presunción.

Es también obligación del depositante no poder exigir la prolongación del depósito por razón de recíproca doctrina implícita en el mismo Código.

Son derechos del depositante, además de los que se infieren de las obligaciones del depositario, estudiadas en la sección anterior, el de poder perseguir á éste criminalmente cuando incurriere en el caso 5.º del art. 548 del Código penal, según el que, son reos del delito de estafa los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en *depósito*, comisión, administración ó por otro título, que produzca la obligación de entregarla ó devolverla, ó negaren haberla recibido, y se impondrán en el grado máximo las penas correspondientes en el caso del depósito necesario ó miserable. Véanse también los arts. 375 á 377, 410, 546, y núm. 3.º del 601 del mismo Código.

II. *Retención de las cosas depositadas.*—Las obligaciones del depositante tienen una sanción que á favor del depositario establece el art. 1780, al declarar que el depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le debe por razón del depósito.

Esta sanción es completamente nueva en nuestro derecho; y revela un cambio de criterio fundamental en el derecho patrio. Precisamente, al enumerar la ley 8.ª (tít. 3.º, Partida 5.ª) la obligación del depositario de restituir la cosa con todos sus frutos y accesiones, se niega el derecho á retenerla, cualquiera que sea el motivo ó la causa alegada, incluyendo la indemnización por daños, pues ésta, como las demás reclamaciones que pudiere formular, ha de deducir en la forma procedente. Es de advertir, como lo hace el comentarista del Proyecto de 1851, la contradicción en que incurrían nuestras leyes de Partidas, negando por la citada lo mismo que al comodatario habían concedido en la ley 9.ª del tít. 2.º, contradicción tanto más inexplicable, cuanto que el depósito siempre cede en utilidad del depositante, y el comodato en la del comodatario, logrando del contrato un beneficio y una utilidad que aquél no logra.

La consideración apuntada nos mueve, recogiendo las razones de aquel insigne civilista, á elogiar la reforma del Código. El depósito—dice—es naturalmento, y sin necesidad de pacto especial, la prenda de los créditos que el mismo ocasiona. Los gastos necesarios, las impensas precisas, merecen ya por su misma naturaleza una protección especial, mereciéndola mayor en el depósito, donde por lo general es toda la utilidad para el depositante.

El hecho de que el depositario restituya la cosa no ejercitando el derecho de retención, concedido por el art. 1780, no implica que renuncie por ese hecho á los pagos justos y legítimos, y menos que legalmente se entienda desposeído de sus derechos. Estos continúan con la misma vitalidad, y para hacerlos efectivos, dispone de la acción personal correspondiente.

III. *Precedentes.*—La articulación en el derecho moderno en

general y particularmente en el patrio de las obligaciones del depositante, hállase inspirada en las leyes 5.ª y 8.ª del título consagrado al depósito en el Digesto. Tradujéronlas los redactores del Código Alfonsino, en la ley 10 del tít. 3.º, Partida 5.ª, epigrafiada así: «Que las despensas que fueren fechas por razón del condessijo, deben ser tornadas aquel que las fizo.»

En el Proyecto de 1851 se redactó ya el art. 1684, comprendiendo en su economía las dos principales obligaciones, reembolso é indemnización, sirviendo su texto de modelo al vigente.

En cuanto al derecho de retención, consignado en el Código, es una novedad, como ya hemos indicado. Glosadores y jurisconsultos, como Vinio y Boet, niegan que en el derecho romano se conociera la retención del depósito para garantir los gastos realizados y la indemnización debida por perjuicios. Opinión que suscribieron las leyes de Partida, porque en la décima antes citada dice claramente: «Despensas faciendo aquel que toviese alguna cosa en guarda de otri, por pro della como quier que las debe cobrar, *con todo non debe retener como en razon de prenda por ellas aquella cosa que fué dada en guarda, mas debela dar á aquel cuya es cuando gela demande.*» El Proyecto de 1851, inspirándose en principios de estricta justicia, lo consignó.

IV. *Concordancias.*—Los arts. 1947 y 1948 del Código Napoleón han sido el modelo donde se han vaciado casi todas las legislaciones modernas al regular las obligaciones del depositante y su sanción; por ello concuerdan casi literalmente con los textos de nuestro Código ambos preceptos y los arts. 1862-1863 del italiano; 1450 del portugués; 1765 del holandés; 967, en su primera parte, del de Austria. De los Códigos cantonales de Suiza adoptan los mismos principios, sancionándolos también, con el derecho de retención, los de Vaud, 1431-1432: de Valais, 1703-1704; de Neuchatel, 1568-1569; y de Friburgo, 1885-1886. El derecho Federal articula del mismo modo (479) los deberes del depositante, pero no los sanciona con la retención. Entre los Códigos americanos, los de la Luisiana y Bolivia, concuerdan: el primero, en los suyos 2931 y 2927, y el se-

gundo, en el 1961. El Código chileno determina bien el carácter de los gastos reembolsables, al decir que son los realizados para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera realizado el depositante á tenerla en su poder. No admite el derecho de retención (art. 2236). Los de Méjico 2703, Guatemala, 1967, y Uruguay, en el 2231, lo mismo que el de Venezuela, articulan, como la generalidad de los examinados, estas obligaciones, haciéndolas eficaces por la retención; el último de ellos transcribe literalísimamente nuestros textos.

SECCIÓN QUINTA

DEL DEPOSITO NECESARIO

ARTÍCULO 1781

Es necesario el depósito:

1.º Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal.

2.º Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otras semejantes.

ARTÍCULO 1782

El depósito comprendido en el núm. 1.º del artículo anterior se regirá por las disposiciones de la ley que lo establezca, y, en su defecto, por las del depósito voluntario.

El comprendido en el núm. 2.º se regirá por las reglas del depósito voluntario.

I. *Concepto jurídico del depósito necesario.*—Separándose el Código del rumbo que marcara el de Napoleón, fielmente seguido en esto como en otras muchas definiciones por los publicados posteriormente, conceptúa como depósito necesario, no sólo aquel que tiene su origen en una calamidad—concepto francés—sino el dimanado de un precepto legal. Expusimos su alcance al comentar las clasificaciones del depósito, y volvemos

sobre él, no para repetir lo dicho, sino para ampliar la doctrina. Ha hecho bien el Código—y no merece censura sino aplauso fervoroso—al catalogar ó incluir en la categoría de depósitos necesarios á los que brotan de un precepto legal, siendo pueril y nimio el argumento hecho en contra, al suponer que á estos depósitos les da vida la voluntad antes que la ley, pues lo mismo el desempeño de una tutoría que la concurrencia á una subasta, el ejercicio de determinadas funciones públicas, como la constitución de ciertos depósitos inherentes á todos estos casos, tienen su raiz en la voluntad, de donde infieren quienes así argumentan ser de igual clase que los demás. Es pueril, porque decir que la voluntad es en último término fuente de las obligaciones, es confundir los términos en que la cuestión se plantea, y si se considera que la opción á una subasta ó el ejercicio de una tutela requieren como trámite previo, impuesto, no por la voluntad y sí por la ley, la constitución de un depósito, y que al constituirlo, claro es, la voluntad se somete á su imperio, con evidencias de luz meridiana, resalta el carácter necesario de tales depósitos al igual en este respecto de su precisión, que el de los originados en una calamidad. Para ver el absurdo de la teoría bastaría aplicarla á los de esta clase, diciendo que el depositante es libre ó de constituir el depósito ó de dejar perecer la cosa.

No han faltado jurisconsultos de los más ilustres, por cierto, como Real y Troplong, que han negado á los depósitos necesarios el carácter de verdaderos contratos, calificando especialmente á los derivados de una desgracia, como cuasicontratos fundados en la necesidad (1). Error evidente, porque el compeler ésta al depositante para salvar la cosa, aun contando con la imposibilidad de elección, á efectuar el depósito, no excluyen el consentimiento ni en el que lo verifica ni en el que recibe, libre

(1) Real, *Esposè des motifs*, núm. 8 (Locrè, tomo 8.°, ob. cit.). Troplong, pone el ejemplo del menor ó de la mujer casada que en caso de naufragio se encargan de un depósito. A su juicio, el acto no valdrá como contrato, pero sí como cuasicontrato.

como es éste, para rehusar, brotando del mutuo consentimiento el vínculo jurídico, el lazo contractual; precisamente lo contrario de lo que sucede en los cuasicontratos, donde la obligación brota de los actos lícitos, sí, pero sin convención alguna. Los ejemplos que en abono de su extraña teoría sostienen ambos jurisconsultos, dan testimonio de una confusión lamentable entre un cuasicontrato y un contrato nulo, aparte de hallarse contradichos por las mismas disposiciones del Código.

Llama el Código depósitos necesarios lo mismo á los que se derivan del cumplimiento de una obligación legal, que á los originados en una catástrofe. La terminología antigua, con verdadera propiedad, llamó á estos depósitos miserables, evitando con lo expresivo del vocablo su confusión con los primeros. Aparecen éstos regulados por la ley que los impone, y sólo á título supletorio, pueden regir las disposiciones del Código referentes al depósito voluntario; en los segundos rigen éstas con absoluto señorío.

Surge de aquí la necesidad de ensayar una sistematización de los depósitos legales para esclarecer con ella las aplicaciones prácticas del texto. La clasificación viene impuesta por la misma definición de la ley, porque si ésta dice que son necesarios en el primer caso, cuando los depósitos se hacen en cumplimiento de una obligación legal, el carácter de la obligación, según responda á necesidades de orden privado ó á exigencias de carácter público y administrativo, impone la división en estos dos grandes grupos.

A) Obligaciones de carácter privado y que regula el mismo Código:

a) El afianzamiento de la tutela, cuando tiene carácter pignoraticio, ordena el Código que se constituya en depósito. ¿Cómo ha de constituirse? En los establecimientos públicos destinados á este fin, como son la Caja general de Depósitos, el Banco de España y las instituciones similares que por leyes ó decretos se hallen autorizadas para recibir depósitos necesarios. Constituido el depósito con esa finalidad, y afecto á las responsabilidades

que determina el cap. 8.º del tít. 9.º del libro 1.º del Código, la devolución no puede ser pedida por el depositante ni devuelto por el depositario sin que de hayan extinguido todas las responsabilidades de la tutela.

b) La posesión de una cosa litigada en igualdad de condiciones. Como previene el art. 445 del Código, debe ser depositada ó constituída en guarda judicial, quedando, por tanto, la restitución pendiente del fallo de la litis. Vese en este caso, como en el anterior, subordinada la normalidad del depósito á otras reglas.

c) Igual carácter tiene el depósito que, á tenor del art. 494, se hace en un Banco ó establecimiento público de los valores ó títulos no convertidos en inscripciones, cuyo usufructo esté conferido á una persona. Aquí se constituye, con relación á su duración un depósito especialísimo, pues dura tanto como la vida del usufructuario.

d) La dote constituída por títulos ó valores del Estado ó industriales cotizables que no se hubiera asegurado por el marido, como los parafernales administrados por la mujer y el producto de los vendidos por ella antes de la separación, son todos depósitos cuya constitución con las mismas formalidades y garantías ordena el Código en sus arts. 1355, 1388 y 1444. En ellos la voluntad de los depositantes se determina por la ley, y la restitución sólo puede tener lugar en los casos ordenados por la misma, apareciendo también subordinada toda la reglamentación del depósito al fin para que se constituye, que es de garantía.

e) Si el acreedor usa indebidamente de la prenda, puede el deudor pedir la constitución de la misma en depósito (art. 1870).

B) Son depósitos que nacen de una obligación de carácter público ó administrativo.

a) En términos generales, todos los que se constituyen por decisiones de la Administración para afianzar contratos que se refieran á servicios generales, provinciales ó municipales; para asegurar el ejercicio de cargos ó funciones públicas, ó para decirlo con fórmula más amplia y comprensiva, para cumplir cualquier obligación de interés público.

La devolución de estos depósitos en orden al tiempo y al lugar, así como si han de serlo total ó parcialmente, está subordinada al acuerdo de aquellas autoridades á cuya disposición se constituyeron. Confírmase con esto la doctrina legal, de regir sólo á título supletorio las normas del Código en esta clase de depósitos.

b) Como disposiciones fundamentales y que deberán tenerse presentes en la constitución de esta clase de depósitos, deben tenerse en cuenta los Reales decretos de 27 de Febrero de 1852, 18 de Marzo y 15 de Septiembre del mismo año (1), 24 de Septiembre de 1855, 10 de Abril de 1873, 15 de Febrero de 1878, 4 de Enero de 1883, 29 de Mayo de 1885 La ley general de Obras públicas de 13 de Abril de 1877 y el reglamento dictado para su ejecución en 6 de Julio siguiente. Las de Ferrocarriles (la general de 23 de Noviembre de 1877 y la recientísimamente promulgada para los secundarios). En estas disposiciones, como en general en todas las que regulan la materia administrativa de los servicios públicos, háblase de la constitución de depósitos inspirados principalmente en un fin de garantía. En todos los casos las disposiciones del Código civil tienen un carácter supletorio, y sólo á título de tales podrán invocarse.

Muy ampliamente regularon las leyes antiguas el depósito miserable, ó sea el definido por el núm. 2 del art. 1781, al declarar que es el que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otros semejantes. La característica del derecho antiguo era regular con mayor rigor las responsabilidades del depositario en esta clase de depósitos, fundándose en que si en el depósito voluntario falta aquél á la fe del depósito, alguna culpa pudiera caber al depositante—la culpa *in eligendo* de los romanistas—que tan mal colocó su confianza. En el miserable, como no cabe elección, la infidelidad es mayor, no existiendo, como dice Gutiérrez, atenuación alguna para el delito del depositario. El Código ha cambia-

(1) Contratación de servicios públicos.

do de sistema, y al mayor rigor en las responsabilidades ha sustituído la disposición contenida en el párrafo segundo del artículo 1782, á cuyo tenor se someten á las mismas reglas que el depósito voluntario. La reforma del Código y su criterio igualitario ha merecido la censura de los comentaristas, por advertir una lenidad mal avenida con las necesidades de la realidad. Mas hay que tener en cuenta que la infidelidad en el depósito miserable la castigaba ya más gravemente el Código penal (1), y que, por tanto, la ley civil nada debía hacer, porque las responsabilidades de este orden son las mismas en el voluntario que en el necesario, siendo por ello justa la equiparación.

En el depósito miserable hay una finalidad de carácter más inmediato que la guarda de la cosa, y es su salvación: he aquí su característica. Enumera el Código los casos de fuerza mayor, incendio, ruina, saqueo y otros semejantes. Esta frase tiene una amplitud extraordinaria y merece una aclaración para su recta exégesis. Una guerra, una sedición, un motín, etc., estarían comprendidos en ella; ¿pero toda guerra, todo motín, toda inundación, motivará un depósito miserable? Todos estos casos son de fuerza mayor; pero ni ellos ni los taxativamente marcados por el Código, serán causa del depósito necesario, mientras no se pruebe que entre el accidente y el depósito hay una estrecha é íntima relación. He ahí la regla de hermenéutica que deberá aplicarse para la interpretación del texto legal.

II. *Precedentes.*—Ni en el derecho romano, ni en el patrio, los tiene la primera parte del art. 1781 (depósitos necesarios como derivados del cumplimiento de una obligación legal). El depósito miserable fué ya articulado en el Digesto por la ley 1.ª del título y libro ya citados, *cum tamen deponere tumultuus, incendii, vel coterarum causarum gratia intelligendum est qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens periculum;* conceptos traducidos por las leyes 1.ª y 8.ª del tít. 3.º de la Partida 5.ª La sanción más rigurosa de la infidelidad fué expresada bellamente

(1) Artículo 548

por Ulpiano al decir: *Crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda est, vindicandae reipublicae causa.*

III. *Concordancias.*—No son grandes las concordancias de estos dos artículos de nuestro Código con sus similares de los extranjeros, porque inspirados la mayoría en el texto francés, no conceptúan depósito necesario el realizado al cumplir una obligación legal, admitiendo sólo el que nuestras leyes llamaron miserable. En cambio, casi todos ellos, siguiendo al de Napoleón, dedican muchos artículos á facilitar la prueba; esto es, haciéndola menos rigurosa que en el depósito voluntario y admitiendo con carácter excepcional la prueba de los testigos, cualquiera que sea el valor del depósito, conceptos que no tienen expresión en nuestro Código. Hechas estas salvedades, concuerdan con nuestros textos los arts. 1949 y 1951 del Código francés; 1740 del holandés; 1864 y 1865 del italiano; 1433 y 1434, del de Vaud; 1705 de Valais; 1570 de Neuchatel; 1063 y 1064, de Tessino y 1887 de Friburgo. El Código Federal de obligaciones no reconoce esta clase de depósitos, sucediendo lo propio con el Código de Portugal, que tampoco los menciona. De los Códigos americanos, los de la Luisiana, 2935, y Bolivia, en el 1939, reproducen literalmente el texto francés. El Código de Chile ofrece la particularidad de caracterizar el depósito necesario por la falta de libertad en el depositante para la elección de depositario; declara admisible toda clase de prueba é incurre en el error doctrinal apadrinado por la autoridad de Troplong, de considerar que el depósito necesario de que se hace cargo un adulto, pero que no tiene la libre administración de sus bienes, constituye un cuasicontrato. En punto á la determinación de la responsabilidad, la gradúa en la culpa leve, rigiendo para todo lo demás las reglas del depósito voluntario (arts. 2236 á 2240). Lo regulan de análoga manera el Código de Méjico y el de Uruguay.

El venezolano coincide en el fondo con de Chile, si bien la enumeración de los accidentes que pueden dar lugar al depósito necesario miserable está indudablemente tomada de nuestro Código (art. 1750).

ARTÍCULO 1783

Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas ó mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento á los mismos, ó á sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos ó sus sustitutos les hubiesen hecho sob re cuidado y vigilancia de los efectos.

ARTÍCULO 1784

La responsabilidad á que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados ó dependientes de los fondistas ó mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo á mano armada, ó sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor.

I. *Finalidad de estos artículos.*—Estriba en la asimilación al depósito necesario del constituído por los efectos de los viajeros en las fondas y mesones donde se hospedan, y la determinación de una responsabilidad más rigurosamente exigida como depositario al fondista ó mesonero. Para que el depósito sea considerado como tal, sólo requiere el Código el conocimiento dado por el viajero al dueño ó á sus dependientes de los efectos que introduce y la observancia por parte de aquél de las prevenciones que por aquéllos se le hagan. En cuanto á la responsabilidad es tal, que en cierto sentido, y como luego demostraremos, responde del caso fortuíto. Explicando Chironi el alcance de estas prescripciones de generalidad notoria en todos los Códigos, califícalas de harto fundadas y razonables en su severidad, porque el viajero no puede menos de confiar su persona y sus cosas, á la honradez, vigilancia y cuidado del fondista ó mesonero en cuya

casa se alberga, teniendo un evidentísimo derecho á que se le presten garantías especiales de seguridad.

La asimilación al depósito necesario y el mayor rigor en la exigencia de responsabilidad, es un principio tradicional que remonta sus orígenes al derecho romano, fundándose por los jurisconsultos en la necesidad imprescindible á los viajeros de confiarse á la buena fe de quienes les hospedan. Por otra parte, fondistas y mesoneros, al ofrecer al público sus servicios, se incluyen á sí mismos en esa categoría de sujetos más rigurosamente responsables, porque se brindan espontáneamente á ser depositarios, y como tales, á una custodia más exquisita y diligente. En estas consideraciones apoyábase Fauvard de Langlade, cuando razonando los preceptos del Código francés—sustancialmente idénticos á los nuestros—decía: «Es preciso que el viajero, al descender en un hotel, tenga la más completa seguridad para sí y para sus cosas, seguridad que se acrecienta cuando la ley le otorga la de que sus cosas no serán impunemente maltratadas, perdidas ó robadas, ora sea por el fondista, por los criados que le sirven, ó por los huéspedes que con él conviven. Esta responsabilidad, por rigurosa que parezca, es la raíz y fundamento mayor de la prosperidad en esta clase de negocios.

«Á mayor vigilancia, á más exquisito celo, corresponderá una confianza más grande en la clientela, y por lógica y natural consecuencia, su natural aumento.» Estas razones, sustancialmente reproducidas por nuestro García Goyena, explican bien la razón jurídica y la razón práctica de la ley.

Ahora bien; estos términos absolutos de la responsabilidad, pueden minorarse y de hecho se minoran en la práctica, por la intervención libérrima que para la apreciación de la prueba conceden nuestras leyes procesales á los Tribunales.

Por eso el Código, á diferencia de la generalidad, no ha tenido precisión de hacer esos distingos en cuanto á la admisibilidad de cierta clase de prueba con relación al depósito necesario.

Ocupémonos ahora de algunas aplicaciones prácticas del ar-

tículo 1783. Para que exista la responsabilidad del fondista ó mesonero, es preciso que se le dé conocimiento á él ó á sus dependientes de los efectos introducidos, y que el viajero se conforme á las prevenciones que se le hagan. La elasticidad de este precepto es verdaderamente peligrosa, y las costumbres introducidas en grandes hoteles y aun en fondas modestas, fijando en las habitaciones avisos limitadores de su responsabilidad, lo prueba cumplidamente. Que entre viajeros y fondistas puedan mediar convenciones particulares con relación á la guarda y custodia de sus efectos, no es dudoso; pero en su economía no podrán llegar, so pena de ser nulas, á disminuir la responsabilidad; á lo más á que puede llegarse será á pactar que el fondista no responda de la negligencia del viajero. Ahora bien; en la doctrina y en la jurisprudencia es dudoso que la negligencia de aquél pueda franquear de un modo total la responsabilidad del fondista. La ley no admite para éste más excusa que la fuerza mayor (art. 1784). Una exégesis extensiva sería contraria á la letra y al espíritu del Código, infiriéndose de aquí la posible coexistencia de la responsabilidad con la falta. Duvergier es partidario de la exención; Duranton y Delvincourt arguyen la necesidad de dejarlo al arbitrio del Juez, creyendo que es una cuestión circunstancial que sólo á él incumbe el apreciar.

Ambos artículos dicen con toda claridad que los fondistas ó posaderos responden como depositarios del daño hecho por sus criados y por los extraños. Ha empleado la ley tales palabras en su sentido vulgar, y se ha planteado el problema de si esta responsabilidad excepcional, podía comprender también á quienes sin ese carácter industrial ó mercantil reciben viajeros en sus casas y con ellos los efectos que transportan. Duvergier, fundándose en que las leyes excepcionales son siempre de interpretación restricta, limita la responsabilidad á quienes ejercen la industria de la hospedería. Laurent, apoyándose en el texto legal que les califica de *depositarios*, y de que el depósito recibido es un depósito necesario, extiéndela también á esas

personas. En la mente de la ley, la responsabilidad debe limitarse á fondistas y mesoneros, mas este concepto debe extenderse á todo aquel que brinde un hospedaje retribuído, cualquiera que sea su carácter, y esté ó no inscripto en el subsidio industrial

¿Se aplicará también á los dueños de ciertos establecimientos, como cafés, cantinas, baños públicos, etc.? Merlin invoca una razón de analogía Creemos que la ley no puede aplicarse en un sentido tan restrictivo, y que con arreglo á los hechos habrán de aplicarla los Tribunales.

Se ha discutido también por los comentaristas de los Códigos con motivo de la interpretación de este texto, si el precepto podía beneficiar á los huéspedes que, residiendo constantemente en una localidad, se alojan en las fondas ú hoteles de la misma de un modo permanente. La opinión más general sostiene, con razón, que el beneficio es exclusivo para los viajeros, los cuales *necesariamente* han de depositar sus efectos en la fonda donde paran. Quien permanentemente reside en ella, tiene la libertad de elección, de la que goza quien constituye un depósito voluntario. Ahora bien; si el artículo se funda en la asimilación á los depósitos necesarios por esa falta de libertad, surge clarísima la inaplicación del precepto. Se ha preguntado también si era condición indispensable que el viajero se alojara en la fonda, y que sólo mientras en ella estuviera tenían sus efectos el carácter de depósito necesario. De la letra del texto legal parece inferirse la opinión afirmativa, combatida por Laurent, apoyado en la jurisprudencia francesa al sostener que el pupilaje es indiferente y lo esencial es el depósito.

Ha sido otra de las cuestiones más controvertidas la del alcance que deba darse á la palabra *efectos*, empleada por el Código. El sentido tradicional, de acuerdo con las inspiraciones de la recta razón, entiende por tales cuantos el viajero puede transportar con él. Así se ha juzgado que los daños inferidos á las caballerías que con él lleva, eran susceptibles de indemnización, por no haberse tenido en las cuadras de la posada el

cuidado debido con ellas. También se comprende dentro de su sentido los valores que el viajero lleve. En suma, la interpretación es amplia y no restrictiva. Mas admitido el supuesto, se discute si en la mente de la ley es ilimitada la responsabilidad. Así parece darlo á entender la letra del artículo, en cuanto dice: «Los fondistas ó mesoneros responden de ellos como tales depositarios», pero los intérpretes creen que tratándose de valores y de joyas debe atenderse á las circunstancias. La opinión es errónea, porque éstas tendrán importancia para la prueba, mas no para la determinación del rigor. Lo único que puede atenuar su exigencia rigurosa, es si hubo ó no negligencia en el viajero; si la hay, la limitación se deriva de los principios generales del derecho y está conforme con el texto mismo de la ley.

No hemos encontrado, al repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, caso ninguno en el que se haya hecho aplicación de los arts. 1783 y 1784. La jurisprudencia francesa ofrece, en cambio, numerosos casos de aplicación de idénticos preceptos con criterio, por cierto, bien contradictorio. La decisión más reciente es de 21 de Febrero de este año, en que ha resuelto la demanda que contra los propietarios del Hotel Bristol, de París, entablaron los herederos de la Duquesa de Alba, por robo de joyas por valor de 40 000 francos. La sentencia es absolutoria para los dueños del Hotel, pero no se funda para ello en que la responsabilidad por la custodia de los efectos debe ser limitada, sino en negligencia imputable al viajero. La señorita de Alba descuidó cerrar la puerta de sus habitaciones y la del mueble que contenía las joyas. Decisión bien extraña, porque había jurisprudencia anterior en sentido contrario.

El único requisito que exige la ley para la imputabilidad, es que los efectos hayan sido introducidos por el viajero en la fonda ó mesón. Esta condición deriva de la naturaleza misma del contrato de depósito, siendo éste real por esencia, es preciso que haya tradición de la cosa. En el depósito ordinario la tradición se hace en las manos del depositario, y Pothier, fundándose en una ley romana, enseña que no basta la introducción de los efec-

tos en la hospedería á vista del hostelero, sino que es preciso confiárselos para su custodia. Esta interpretación no puede prosperar ni con la letra ni con el sentido de nuestro Código; primero, porque la tradición, requisito *sine qua non* de todo contrato real, se efectúa al depositar los efectos en la fonda ó posada, y dado el conocimiento de ese depósito al dueño ó á sus dependientes, existe expreso el consentimiento. Parece ocioso, y por eso no lo hacemos, debatir el tiempo que dura la responsabilidad, ¡como si ella no estuviera impuesta por la misma que el depósito tenga! La distinción hecha por algún autor, limitándola al tiempo del pupilaje, y diciendo que finido éste, si los efectos continúan en la fonda, su depósito no tendrá el concepto de necesario, sino el de voluntario, nos parece contradictoria del texto legal, exceptuando el caso de estipulación expresa, porque se trata de un depósito hecho por un viajero en una fonda ó mesón, y por esto solo hecho nos parece que debe reputarse siempre en su concepto legal.

Con lo expuesto, fácil es determinar la síntesis de la doctrina legal sobre la responsabilidad de los fondistas y mesoneros. Hemos dicho que es más rigurosa que la ordinaria, pues si en este contrato la culpa se gradúa por la falta de aquella diligencia, propia de un buen padre de familia, y al hablar de la que al depositario incumbe habían adoptado muchas legislaciones, como tipo de medida, la diligencia *in suis rebus*, la del fondista ó posadero es la *culpa leve*, y no sólo esto, sino que responde del caso fortuito, del robo, ora sea hecho por sus dependientes ó criados, ora por personas extrañas (1). Sólo se exceptúa de la prestación

(1) Los tratadistas belgas al juzgar este precepto—que es idéntico en su Código—, califícanle de excesivamente severo, sin tener en cuenta que hay en este caso una aplicación muy racional y muy justa de los principios que rigen la culpa *in eligendo*. Los propietarios de una fonda lujosa ó modesta deben tener una prudencia extrema en procurarse un personal, no sólo idóneo sino de una moralidad y de una honradez intachable. La razón es obvia: el viajero no sólo cuenta con la honorabilidad del dueño, sino también con la probidad de sus dependientes y criados con tanto más motivo cuanto que éstos son los que han de estar á su inmediato servicio. La extensión de la responsabilidad por los actos cometidos por los extraños, tiene también un

de esta rigurosa responsabilidad, el caso de haberse cometido el robo por la fuerza armada, ó cuando el daño se cause por otra fuerza mayor. Tal es el sentido literal del art. 1784, cuya claridad de expresión excusa toda insistencia en su comentario.

II. *Precedentes.*—La consideración de depósito necesario otorgada al que los viajeros hacen de sus efectos en los lugares donde se alojan, fué ya reconocida por la ley 5.ª en su párrafo inicial del tít. 9.º del libro 4.º del Digesto. *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia et tamen custodia nomine tenentur*, y fundamentando el precepto, dice la ley 1.ª del mismo título: *quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res illorum custodiae committere*, leyes copiadas por la 26 del tít. 8.º de la Partida 5.ª «Los que van de camino han de dar sus cosas á guardar aquellos que y fallaren, fiándose en ellos sin testigos e sin recabdo... E guisada cosa es que pues fian en ellos los cuerpos e los averes que los guarden lealmente.» Con razón observa Goyena el carácter de cuasicontrato, más bien que de depósito, tenían estos casos en el derecho romano y en el patrio. La determinación de la responsabilidad con este carácter riguroso de las leyes modernas, no estaba tan acentuada en las leyes romanas, porque no comprendían el hurto ó daño hecho por los extraños. Así lo demuestra la ley única del título 5.º, libro 47 del Digesto, y la 5.ª del 44. En cuanto á las excepciones por causa de fuerza mayor, también las consignó en la 3.ª del tít. 9.º del libro 4.º En nuestro derecho es digna de singular mención la citada ley 26, que permite el pacto de irresponsabilidad entre el hostelero y el viajante.

III. *Concordancias.* — Concuerdan con nuestro Código el francés, sin más diferencia que articular en precepto aparte —el 1954—la excepción relativa al robo de los efectos á mano armada ú otra fuerza mayor, y el italiano, en el 1866 y 1867. Los

---

sólido fundamento derivado de la vigilancia que debe ejercer sobre todos los entrantes y salientes en el establecimiento, aun cuando no sean viajeros, y con más razón, porque, como dice Laurent más sujetos están á cierta clase de sospechas.

Códigos de los cantones suizos reproducen en los artículos siguientes á los citados en el comentario del anterior, los textos franceses, y el Federal de las obligaciones compendia la doctrina en un solo artículo, en el 486, haciendo extensiva la rigurosa responsabilidad exigida á fondistas y hosteleros, á los dueños de cuadras públicas, por los efectos depositados en ella. El Código de Portugal no contiene, en el título relativo al depósito, ninguna disposición análoga; pero hace á la materia objeto de un contrato especial, llamado de Albergueria ó Posada, conceptuando al dueño de la misma como depositario del equipaje ó muebles que el huésped haya traído á la posada, con la sola excepción de la fuerza mayor (arts. 1420 y 1422). Sancionan idénticos preceptos: el Código austriaco, arts. 970 y 1316 y el vigente alemán, párrafos 626 y siguientes. De los Códigos americanos, concuerdan: el de Chile, art. 2241 y siguientes, que establecen la exención de responsabilidad cuando el daño se debiere á negligencia del viajero; y el argentino, 2229; el de Méjico remítese á la ley penal; el de Guatemala, en el 1978, y el de Venezuela copia literalmente los artículos del nuestro.

CAPÍTULO III

Del secuestro.

ARTICULO 1785

El depósito judicial ó secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo ó el aseguramiento de bienes litigiosos.

ARTÍCULO 1786

El secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles.

1. *Criterio del Código.*—Llamaba Pothier secuestro al depósito que dos ó más personas, litigantes sobre la propiedad de una cosa, hacían de la misma á un tercero que se obliga á devolverla á la que de ellas resulte dueña, terminado el litigio. Este

concepto del secuestro no es el legal, porque el Código sólo da ese nombre al depósito judicial que tiene lugar cuando se decreta el embargo ó aseguramiento de bienes litigiosos. Estriba la diferencia en la existencia de mandamiento judicial para la constitución del depósito, ó en que sea la libre y espontánea voluntad de las partes la determinante del mismo.

En suma, el Código rechaza la teoría del secuestro convencional que, inspirada en el pensamiento del gran civilista francés, se tradujo en el derecho positivo de los pueblos modernos al copiar el Código Napoleón, donde tuvo aquella su práctica realización. Aceptábala nuestro Proyecto de 1851, definiendo el secuesto convencional como el depósito de cosa litigiosa que voluntariamente hacen los litigantes en manos de un tercero, el cual se obliga á devolverla terminado el pleito á la persona que según la sentencia deba obtenerla. Plausible ha sido á nuestro juicio la orientación del Código vigente al apartarse del proyecto, porque realmente el secuestro convencional es un depósito común que aun recayendo sobre cosas litigiosas, sólo por las reglas del depósito voluntario se rije, tanto más cuanto que la autoridad judicial no interviene ni en su constitución ni en su régimen.

Esta opinión aparece contradicha por los autores y por las legislaciones extranjeras, al sostener que entre el secuestro convencional y el depósito voluntario hay las siguientes diferencias:

a) Que el depositario en el secuestro convencional no puede libertarse del depósito antes de la sentencia del pleito, salvo el consentimiento del juez y el de todas las partes.

b) Que el encargado de los bienes tiene la posesión de los mismos en nombre del futuro adjudicatario (1).

---

(1) Fué esta una de las cuestiones más debatidas en el derecho romano, por la contradicción que, no obstante los esfuerzos hechos para conciliarlas por los romanistas, se advierte entre varias de sus leyes, como son la 17 del título 3.° del libro 16, y la 39 del titulo 2. , libro 41 del Digesto, respecto á si el secuestrario tiene ó no la posesión. Afirmando rotundamente Heinecio y Voet; Goyena, se inclina á reconocer esta opinión, porque si la posesión ha de estar en alguno de los litigantes ó en el secuestrario, es lógico inferir que se halle en éste.

Basta meditar serenamente en el alcance de esas pretendidas diferencias, para ver la posibilidad de su reducción al común denominador del depósito voluntario, porque el diferir la entrega de la cosa hasta la terminación del pleito no es más que fijar un plazo más ó menos largo, pero cierto y seguro; y en cuanto á la liberación del depósito por justa causa, puede hacerse también como en el voluntario: antes de expirar el término.

No cabe argüir tampoco que en el secuestro convencional no pueden los depositantes pedir la cosa cuando quieran, como sucede en el depósito voluntario, y aun antes de expirar el término, porque establecido el plazo en utilidad de los depositantes, por razón de su propia conveniencia, no pueden pedirlo antes de su vencimiento. Finalmente la cuestión de posesión se resuelve armónicamente si se considera que el secuestrario posee en la representación virtual de aquel á quien haya en definitiva de adjudicarse la propiedad del depósito.

Infiérese de lo expuesto cuán en lo justo anduvo el legislador al reservar el nombre de secuestro para el depósito judicial, haciendo caso omiso de esas sutiles distinciones de escuela, más adecuadas para confundir los conceptos que para esclarecerlos.

Es importante, según algunos, para fijar la doctrina de la ley, la distinción que suele hacerse entre el secuestro, propiamente dicho, y el depósito judicial Pothier y los autores modernos reconocen entre ambas instituciones una diferencia esencial: en el secuestro trátase siempre de cosas que están en litigio, y en el depósito no existe dicha circunstancia. Las cosas dadas por un deudor para su liberación, por ejemplo, realmente, según sostiene Laurent, no son materia contenciosa, y, sin embargo, con ellas se constituye un depósito judicial. La cuestión, como se advierte, á poco que en ella se piense, más es de palabras que de concepto, porque, ¿dejará de ser el embargo consecuencia de una litis? Sin ella, ¿podría producirse? Desde el punto de vista puramente exegético de nuestro texto legal, la cuestión tiene menos valor todavía, porque al decir éste que el depósito judicial ó secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo ó el

aseguramiento de bienes litigiosos, responde cumplidamente su expresión al concepto de cada una de esas instituciones jurídicas en el supuesto de que existiera entre ellas la fundamental diferencia apuntada por los autores.

Mayor transcendencia tiene la determinación de su verdadera naturaleza jurídica, distinguiendo si se trata de un verdadero contrato, cual lo es el depósito propiamente dicho, ó de una simple providencia judicial, como lo estima Domat. Habrá que tener en cuenta si el nombramiento del depositario lo acuerdan las partes y lo ratifica el Juez, ó lo nombra éste por su libérrima decisión. En el primer caso no puede dudarse del concurso expreso del consentimiento, y, habiéndolo, créase una relación jurídica verdaderamente contractual. En el segundo caso se sostiene que, cuando menos, existe un verdadero cuasicontrato entre el depositario y las partes litigantes, productor de las obligaciones del depósito voluntario.

II. *Carácter facultativo del secuestro, y concordancia del Código con la ley de Enjuiciamiento civil.*—Al declarar el texto legal que el secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo ó el aseguramiento de bienes litigiosos, plantea el problema de si el Juez puede proceder sólo á instancia de parte, ó si libremente puede decretarlo. Los viejos glosadores, como Loysel, sostenían como principio capital en la materia el poder omnímodo del Juez para decretar por sí el depósito desde el momento en que la propiedad ó la posesión estuviesen inciertas. Para resolver la cuestión, no con arreglo á principios generales de doctrina, sino desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, hay necesidad de concordar este artículo con los correspondientes de la ley procesal civil. No contiene ésta disposición ó título especial sobre secuestros; mas son varios los artículos que en la misma se refieren á depósitos judiciales. Examinémoslos con separación.

a) En el concurso de acreedores. — Aquí, el depósito ha de decretarlo el Juez no en virtud de facultad discrecional, sino por mandato de la ley y en garantía de las partes, porque los núme-

ros 1.° y 2.° del art. 1173 de la ley rituaria, preceptúan que en el auto de declaración de concurso se ordene el embargo y depósitos de todos los bienes del deudor y el nombramiento de depositario, observándose para el depósito las reglas que previene el 1175 (metálico, efectos públicos y alhajas en el establecimiento público destinado al efecto; frutos, muebles y semovientes en poder del depositario; libros de cuentas y papeles en la escribanía, si no se acuerda su custodia donde se encuentren), y para el nombramiento de depositario el que sea persona de crédito, respetabilidad y aptitud. Goza para este nombramiento el juez de verdadero poder discrecional, pues puede elegirlo entre ó fuera de los acreedores; sus atribuciones son las que determina el art. 1181, y su retribución la que se fija en el 1184 (ley de Enjuiciamiento civil).

b) *En los embargos.*—La designación del depositario no está en las facultades discrecionales del juez, sino que compete al acreedor bajo su responsabilidad (art. 1454 de la ley de Enjuiciamiento civil). A propósito de la cuestión tantas veces planteada sobre el derecho á remuneración de este depositario, nos limitamos á recordar lo dicho en nuestros comentarios á la ley procesal civil (1): «siendo el depósito, según el art. 1760 del Código un contrato gratuito, salvo pacto en contrario, al referirse el 1789 á las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil para lo que no se hallare dispuesto en el Código, claro es que no señalándose en uno ni en otro cuerpo legal retribución alguna al depositario, la consecuencia legal es que no tiene derecho á reclamarla, á no ser que al aceptar el cargo imponga esta condición y con ella se le confiera».

c) *En el aseguramiento de bienes litigiosos.*—Cuando se trate de demandar en juicio la propiedad de minas, la de montes, cuya principal riqueza consista en arbolado, la de plantaciones ó de establecimientos industriales, cabe el secuestro é intervención ó

(1) *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada*, tomo 5.°, página 515.

la fieldad que decía nuestra vieja ley de Partida. Con relación al nombramiento del interventor, tampoco tiene el juez poder discrecional ninguno, porque corresponde á las partes su designación, creándose en éste como en el caso anterior un verdadero contrato entre el designado y las partes. Hasta tal punto llega la limitación de las facultades del juez, que aun en el supuesto de no llegar á un acuerdo las partes, elegirá la demandada de entre cuatro que le propusiera el actor.

d) *Depósitos mercantiles.*—En cuanto á la cuestión aquí planteada sobre el carácter facultativo de la ordenación del secuestro y del nombramiento del depositario, resuélvela también nuestra ley rituaria (art. 2119) con análogo criterio, si bien queda á la libre apreciación del juez las garantías que ofrezca el propuesto, y sólo en el caso de no estimarlas suficientes podrá hacer por sí la designación, sujetándose, empero, á las prescripciones que en dicho artículo se consignan.

En general, y como regla práctica de interpretación, en los casos en que taxativamente no se ordene por la ley procesal civil el secuestro á instancia de parte, por su carácter de medida extrema, que priva al propietario del ejercicio y del goce de sus derechos dominicales, sólo en casos verdaderamente graves en los que, hallándose en cuestión el derecho de propiedad y la posesión por uno de los litigantes pudiera acarrear funestas consecuencias, es cuando podrá estimarse como facultativa en el juez la adopción de semejante medida. En las testamentarías es donde con más frecuencia pueden darse estos casos; pero nuestra ley de Enjuiciamiento, con sus minuciosas y rectas disposiciones, ha de evitar en su mayoría las vacilaciones y dudas que en otras legislaciones se producen (1).

---

(1) Todo el tít. 10 del libro 2.° está consagrado á las testamentarías. En la sección segunda se ordena que después de practicado el inventario, se convoque á una junta á todos los interesados para que se pongan de acuerdo sobre la administración del caudal, *su custodia y conservación;* caso de que no se llegara á él, es potestativo en el juez acordar lo que según las circunstancias corresponda, sujetándose, empero, á las reglas que determina el artículo 1069. Entre ellas, y con carácter preferente, figura el depósito del

Importa también tener presente como disposiciones complementarias del Código y de la ley procesal civil, el Real decreto de 24 de Agosto de 1891. Consta de ocho artículos, y sus reglas más interesantes son las de ordenar que toda suma excedente de 2.000 pesetas de que hubieren de hacerse cargo los jueces y Tribunales, se ingrese en la Caja de Depósitos ó en las Sucursales de la misma, ó en su defecto, en las del Banco de España, admitiéndose en éstas también los depósitos de alhajas y de efectos públicos. En todos los Juzgados se abrirá un libro titulado de Depósitos, donde se anotarán todos lo que se constituyan por riguroso orden cronológico, desde el más antiguo al más moderno, é inscribiéndose también las alteraciones sufridas por aquéllas. La recepción y entrega de estos libros y de los resguardos, se hará constar en el acta de posesión de los jueces sucesivos, remitiéndose copia de la relación de los depósitos al Ministerio de Gracia y Justicia.

Laurent plantea la cuestión de si el secuestro puede ordenarse por el juez, no ya cuando la propiedad y la posesión estén en litigio, sino cuando tuviera por objeto conservar los derechos de una de las partes. Concordando el texto del Código con las disposiciones de la ley rituaria, no parece dudoso que el secuestro procede únicamente en los casos de litigio ó como consecuencia del mismo. Hay autores que reconocen en el juez un poder discrecional para decretar el secuestro cuando se litiga sobre la propiedad ó posesión de la cosa, y lo niegan cuando se demanda por vía incidental. La distinción no es jurídica y menos desde el punto de vista de nuestro derecho positivo.

III. *Cosas que pueden ser objeto de secuestro.*—El secuestro, dice el art. 1786, puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles. Resuelve este artículo la cuestión que de antiguo

---

metálico y efectos públicos en el establecimiento público destinado al efecto. Las alhajas, muebles y semovientes, se pondrán también en depósito exigiéndose las seguridades convenientes al depositario. En el juicio necesario de testamentaría, según el núm. 2.° del art. 1095, los bienes se constituirán siempre en depósito, sin que pueda adoptarse acuerdo alguno en contrario.

traía divididos á los intérpretes sobre la posibilidad del secuestro de los inmuebles. El secuestro de un inmueble, dice Laurent, confiere al depositario derechos y obligaciones que difícilmente se concilian con el contrato de depósito, porque si el depositario tiene como misión principal la custodia y guarda de la cosa, no parece que haya necesidad de ello tratándose de inmuebles. El depositario de un inmueble lo administra, percibe los frutos, y sobre éstos será sobre los que versen principalmente sus deberes como tal, de suerte que más que depositario viene á ser un administrador. Este concepto es el de nuestra ley Procesal civil, al definir el alcance de la intervención que se decreta con motivo del aseguramiento de bienes litigiosos.

Claró está que la primera consecuencia del depósito, con relación á los inmuebles, es la inscripción de la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la propiedad, con arreglo á lo dispuesto en el art. 42 de la ley Hipotecaria, que es el concordante con esta disposición.

Según él, pueden pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles ó la constitución, declaración, modificación ó extinción de cualquier derecho real. 2.º El que en juicio ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor. 3.º El que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse á efecto por los trámites establecidos en el tít. 18, parte primera de la ley de Enjuiciamiento civil (el 8.º, libro 2.º de la ley vigente). 4.º El que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere con arreglo á las leyes providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles. 5.º El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias expresadas en el núm. 4.º del art. 2.º de dicha ley Hipotecaria. 6.º El legatario que no tenga derecho, según las leyes, á promover el juicio de testamentaría. 7.º El acreedor refaccionario mientras duren las

obras que sean objeto de la refacción. 8.º El que presentase en el Registro algún título cuya inscripción no puede hacerse definitivamente por falta de algún requisito subsanable ó por imposibilidad del Registrador. 9.º El que en cualquiera otro caso tuviere derecho á exigir anotación preventiva conforme á lo dispuesto en la misma ley.

IV. *Precedentes.*—Las leyes romanas definieron el secuestro en la 17 del tít. 3.º del libro 16 de Digesto, y en el derecho patrio, el proemio y leyes del título 9.º de la Partida 3.ª, que justificando la razón de ser de esta institución, dice: «Muchas vegadas acontece que después que los demandadores han fecho emplazar á los demandados, ante que les fagan sus demandas piden que aquellas cosas que quieren demandar sean puestas en manos de omes fieles por que sospechan contra aquellos que las tienen que las malmeteran o las encubrieran o las trastornaran de guisa que non parezcan.» La ley 1.ª señala las causas de secuestro, pero sus disposiciones sólo tienen un valor histórico que excusa su reproduccion. El Proyecto de 1851 se limita en materia de secuestro judicial á la referencia al Código de procedimientos civiles.

V. *Concordancias.*—En el Código Napoleón se acepta la división por el nuestro rechazada del secuestro, en convencional y judicial. En cuanto á éste, el art. 1961 dice que puede tener lugar: 1.º, respecto á los muebles embargados á un deudor; 2.º, de un inmueble ó de una cosa mobiliaria cuya posesión se está litigando entre dos ó más personas; 3.º, de las cosas que un deudor ofrece para su liberación. Como se advierte por el simple cotejo de este texto con el art. 1785 del nuestro, coinciden en lo sustancial, pero creemos más afortunada la redacción de nuestro Código. El 1786, referente á que el secuestro puede ser de bienes muebles é inmuebles coincide á la letra con el 1959 francés. Coinciden también á la letra con estos preceptos los arts. 1873 y 1875 del Código italiano; 1775 del holandés; los de los cantones suizos reproducen la doctrina francesa; nada en cambio establece el Código federal de las obligaciones, suce-

diendo lo propio con el de Portugal, cuyas leyes procesales son las que regulan la doctrina legal en la materia. De los Códigos del Centro y Norte de Europa, como el alemán y el austriaco, declaran que el depósito judicial tiene lugar respecto de las cosas litigiosas. De los Códigos americanos, los de Bolivia y Luisiana, reproducen en sus artículos 1939 y 2935 la doctrina del 1955 francés; el de la Luisiana concreta la definición diciendo que se hace por auto de un juez y con arreglo á las disposiciones del Enjuiciamiento. El de Chile es indudablemente uno de los más completos y definiendo el secuestro como el depósito de cosas litigiosas (art. 2249) declara como regla general la aplicación de las reglas establecidas por el Código para el depósito propiamente dicho, salvas las excepciones debidas á su naturaleza, que consigna el Código de Enjuiciamiento. Acepta que el secuestro pueda recaer lo mismo sobre las cosas muebles que sobre los bienes raíces (art. 2251); llama *secuestre* al depositario judicial, y cuando sus funciones recaen sobre esa última clase de bienes, tiene las funciones no sólo de depositario, sino las facultades y deberes de verdadero apoderado, debiendo rendir cuentas al futuro adjudicatario. Los Códigos de Méjico, 2706; Guatemala, 1979; Uruguay. 2248, y Venezuela, 1760 á 63, consagran idénticas disposiciones. En este último se admite la distinción francesa del secuestro en convencional y judicial. Equipara el primero al depósito voluntario, pero diferenciándolo en razón al término, toda vez que el secuestrario no puede abandonar ni ser libertado del depósito antes de la conclusión del pleito, salvo el consentimiento de las partes ó por una causa que se juzgue legítima. Los derechos arancelarios los cobrará de las partes que constituyeron el depósito (art. 1760).

ARTÍCULO 1787

El depositario de los bienes ú objetos secuestrados no puede quedar libre de su encargo hasta que se termine la controversia que lo motivó, á no ser que el

Juez lo ordenare por consentir en ello todos los interesados ó por otra causa legítima.

I. *Duración del secuestro.* — De ordinario en el depósito propiamente dicho, á la primer demanda del depositante pidiendo la restitución del depósito, está obligado el depositario á devolverlo; y por el contrario, en el secuestro, la restitución tiene un plazo fatal, cual es el término del litigio. Mientras aquél no se cumpla, ni aun el mismo juez que lo nombró puede consentir que el depositario se desentienda de sus deberes. Para ello, según la ley, es requisito *sine qua non*, el consentimiento de todas las partes interesadas, consecuencia natural de la índole jurídica del secuestro, á cuyo tenor el depositario se obligó á la conservación y custodia de la cosa durante la tramitación del pleito y á su restitución á quien el fallo ó sentencia lo ordenare. Al hablar de partes interesadas es de evidencia que la ley alude á los que son parte en el litigio, porque todos lo fueron en la convención que de hecho se crea entre ellos y el secuestrario. Dice la ley partes interesadas, y no sin motivo, porque de esa suerte queda por completo esclarecida la duda suscitada por los tratadistas de si el consentimiento había de ser sólo de los depositantes ó de todos los que intervienen en el litigio y á quienes afecte la propiedad, posesión ó derecho de la cosa que se discute y fué materia del secuestro. El jurisconsulto Real defiende esta última doctrina en la exposición de motivos del Código Napoleón. Este concurso del consentimiento unánime ha de ser ratificado por el juez, y cuando así suceda, podrá el depositario quedar libre de su cargo, procediéndose entonces al nombramiento de quien haya de ejercer las funciones de tal.

Si el consentimiento unánime de las partes, ratificado por el juez, puede librar al secuestrario de su cargo, también es motivo para la liberación *una causa legítima*. No hace expresión de cuáles sean el Código; pero jurídicamente se puede inferir que será legítima en el sentido legal toda causa que impida al secuestrario el ejercicio de su cargo impidiéndole seguir aceptan-

do las responsabilidades inherentes al mismo. Pothier pone como ejemplos, una enfermedad sobrevenida al depositario después de aceptado el secuestro y el caso de un largo viaje por necesidades propias que le impidieran atender á la conservación y custodia del depósito con menoscabo de sus intereses. A estas causas pueden agregarse las que dimanarían de la incapacidad jurídica acaecida durante el ejercicio del secuestro. Como regla de exégesis, puede decirse que la apreciación de la legitimidad de la causa corresponde al juez.

Esta posibilidad de la liberación del cargo la estima Laurent como una excepción de los principios generales que regulan la relación jurídica del depósito, y la justifica en la duración de los litigios, que pudiera ser tal, que llegara á constituir un agravio á los intereses del depositario.

II. *Precedentes.*—Los de carácter romano contiénense en las leyes 1.ª y 9.ª, párrafos 22 y 3.º del título 3.º, libro 16 del Digesto, justificándose el precepto en razón al carácter condicional de esta clase de depósitos y hasta terminarse el pleito *non impletur conditio depositionis* y en cuanto al unánime consentimiento de todas las partes interesadas, lo preceptuaba la regla 35 de *regulis juris Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.* La relevación del cargo por causa legítima apreciada por el juez, también es doctrina romana, como lo demuestra la ley 5.ª del Digesto en el libro y título referentes al depósito. La doctrina anterior á la publicación del Código en esta materia hállase contenida en la ley de Partida á cuyo tenor «tanto tiempo deben tener los fieles las cosas en su poder cuanto tovieron por bien los juezes que gelo mandaron, ó pusieren las partes que la pusieren en fieldad». Ley 2.ª, título 9.º, Partida 3.ª

III. *Concordancias.* — Concuerdan con nuestro artículo 1787, el 1960 del Código francés; 1874, italiano; 1770, holandés; 1443, cantón de Vaud; 1715, Valais; 1538, Neuchatel; 1895, Friburgo. De los Códigos americanos, los de Bolivia, 1966, y Luisiana, 2945. El de Chile, si bien declara que mientras no recaiga

sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada, no podrá el secuestre exhonerarse de su cargo, le faculta para hacerlo cuando tuviere una necesidad imperiosa á condición de dar aviso previo á los depositantes y al juez para que disponga el relevo. Puede exhonerársele también por voluntad unánime de las partes ó por decreto del juez. Los de Méjico, en el artículo 2705; Guatemala, en el 1980; Uruguay, en el 2247, y 1761 del venezolano, coinciden en el fondo con la disposición de nuestro Código.

ARTÍCULO 1788

El depositario de bienes secuestrados está obligado á cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia.

ARTÍCULO 1789

En lo que no se hallare dispuesto en este Código, el secuestro judicial se regirá por las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil.

I. *Finalidad de estos artículos y cuestiones que se suscitan.*—Por el primero de ellos, en términos extremadamente concisos, se determinan las funciones ó deberes del depositario judicial y la medida de la responsabilidad inherente á las mismas. El segundo, viene á definir lo que pudiéramos llamar el derecho supletorio del Código en materia de secuestros, ordenando que lo que no se hallase dispuesto en la ley substantiva se rija por los preceptos de la adjetiva. Ahora bien, dentro de la economía de estos artículos se suscitan los problemas siguientes:

A) Nombramiento del depositario.

B) Extensión y límites de sus funciones.

C) Derechos que tiene el depositario y quién debe pagar su remuneración.

D) Cuál es el grado de su responsabilidad.

Examinémosles brevemente.

A) En ninguno de los cinco artículos, consagrados por el Có-

digo á desarrollar la doctrina legal del secuestro, dícese nada respecto á quién corresponde el nombramiento de depositario, ni se formula una regla general, ni se marca una orientación que pueda servir de guía para fijar el criterio del legislador. Es este uno de tantos puntos en los que las deficiencias del derecho sustantivo hace recurrir á los preceptos de la ley rituaria. Al comentar el art. 1785, expusimos las diversas reglas contenidas en aquélla sobre la manera de hacer el nombramiento de depositario en los casos de concurso de acreedores, embargos, aseguramiento de bienes litigiosos, testamentarías, abintestatos y depósitos mercantiles, y nos remitimos á lo entonces expuesto para evitar innecesarias repeticiones. Pothier, con el talento generalizador que tanto le distingue, declara que es preferible, y en todo caso debe procurarlo el juez, que las partes se pongan de acuerdo para su designación, nombrándolo sólo el juez en caso de discordia. Claro es, añade, que en determinados casos precederá la designación de oficio. Por regla general, el secuestro ha de confiarse no á una de las partes interesadas, sino á un tercero, por reunir mayores garantías de imparcialidad. Nuestra ley rituaria confórmase en los diversos casos con estas exigencias de la justicia y de la equidad mirando, ante todo, por la integridad del depósito. Conexa con esta cuestión, es la de las condiciones que debe reunir el depositario judicial. El tít. 26 del libro 11 de la Novísima Recopilación, se consagraba á esta materia (1).

---

(1) Contiene diez leyes; por la primera se manda que en cada lugar haya una persona llana y abonada en quien se hagan los depósitos que por mandado de la justicia se hubieren de hacer. Es curiosa la prescripción prohibitiva de que lo fuera el escribano de la causa, sopena de que el juez que lo mandare y el escribano que la aceptara, incurra cada uno en la pena de diez mil maravedís para los propios del pueblo do sucediere. Este precepto revela un estado de opinión bien poco favorable á la administración de justicia de la época en que se dictó. Las restantes leyes disponen: que se llevaren libros de cuenta y razón de los depósitos que se hicieren en los pueblos del reino; se prohiben los traslados de los depósitos; se dictan reglas para los procedentes de vinculaciones y mayorazgos, y en cuanto á los de carácter puramente judicial se mandan constituir en las depositarías públicas ó cajas de amortización donde debían radicar también los de quiebras y concursos.

Tienen sus disposiciones un valor puramente histórico, y derogadas hoy, el derecho vigente se contiene en las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil, que exige siempre que el depositario nombrado, ora sea por acuerdo de las partes, ora por el juez, sea persona de notoria responsabilidad y solvencia.

B) El segundo de los problemas indicados se refiere á la extensión de las funciones del depositario. Claro es que estarán en armonía con la naturaleza del depósito conferido. Casos hay en que no se extienden más que á las del simple depositario, en el depósito propiamente dicho, esto es, la conservación y custodia. Tal sucede, por ejemplo, con un depósito de alhajas ó de muebles. Si se trata de efectos ó valores del Estado ó industriales, no difiere su misión de la que tiene el depositario ordinario. Cuando se trata del secuestro de inmuebles, de la intervención á que se refiere la ley Procesal en el aseguramiento de bienes litigiosos, en ese caso el depositario judicial tiene más amplias funciones, dimanadas de la misma naturaleza de los bienes que se le confían. Aparece entonces como un administrador. Mas adviértase, y ello se infiere sin más que consultar los artículos de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, que es un administrador provisional, cuya misión principal es la custodia y conservación, facultado para hacer cuanto se relacione con esta exclusiva finalidad. De ordinario, cuando se trata de esta clase de depositarías, que más tienen de administraciones, el juez especifica la extensión de las atribuciones. No por esto debe creerse que puede el juez conferir poderes ilimitados. Basta leer los artículos de nuestra ley rituaria (véanse en el comentario al art. 1785) para convencerse de ello. Como regla de aplicación constante en la práctica, debe tenerse en cuenta la finalidad del secuestro limitada á la conservación de los bienes, y esta medida debe propender á conciliar los diversos intereses que están en litigio, y como además los derechos del que á la postre y al fin resulte su dueño hállanse en toda su integridad, de ahí la limitación con que debe aun el mismo juez conferir estas funciones.

Intimamente enlazada con esta cuestión está la de decidir si

el depositario judicial que obra dentro de los límites de sus funciones obliga con sus actos á las partes. En suma, si surtirán sus actos los mismos efectos que los de un mandatario, puesto que al cabo y al fin él lo es en nombre del juez y de las partes. Este caso, que la jurisprudencia francesa ha resuelto afirmativamente, no se ha presentado en la nuestra, y aun es difícil que ocurra por las previsiones de nuestra ley rituaria, á cuyo tenor los actos de alguna transcendencia que el depositario judicial pudiera ejecutar, han menester de la autorización del juez.

No tiene duda de que al término del secuestro y al cesar en sus funciones el depositario, debe rendir cuenta de su gestión, singularmente de los frutos que ha percibido. Esta rendición de cuentas es una especialidad de la naturaleza jurídica del secuestro. En el depósito ordinario, por regla general, no se da esta obligación para el depositario.

C) Guarda silencio el Código sobre la naturaleza remunerada ó gratuita del secuestro. Las legislaciones extranjeras no han dejado para las leyes adjetivas esta calificación, antes bien, en la generalidad de los Códigos civiles se afirma su carácter retribuído, ó cuando menos se afirma, como en el francés, que el secuestro puede no ser gratuito, estableciéndose, por tanto, la presunción de su remuneración, cuando expresamente no se consigne la gratuidad. Obedece esta tendencia á una diferenciación bien expresiva entre el depósito judicial, remunerado casi siempre, y el depósito voluntario que como contrato de amistad y de beneficencia, según la tradición romana, era reputado gratuito por su naturaleza. Por esto Pothier llega á considerar el depósito judicial, más que como un depósito, como un arriendo de servicios.

En nuestro derecho positivo, habría que acoger con muchas reservas esta opinión, ó más bien, no obstante la gran autoridad del ilustre civilista francés, rechazarla, primero, porque nuestro Código no proclama, en el sentido absoluto que lo hacen los demás Códigos, que sea el depósito un contrato gratuito por esencia, antes bien, como ya vimos al comentar el art. 1760, la gra-

tuidad no es condición *sine qua non* del depósito, en tanto en cuanto se admite el pacto en contrario; y en segundo lugar, por que determinando, como determina, el art. 1789 que rija la ley de Enjuiciamiento para lo que el Código no dispusiere, cuando aquélla señala una remuneración, se entenderá retribuído, y por el contrario, en los casos en los que nada diga, si el depositario no la pidiere, se entenderá gratuito, salvo, como hemos dicho al reiterar la opinión expuesta comentando el art. 1454 de la ley rituaria, que se estipule lo contrario.

¿Quién debe pagar la retribución en los casos en que la ley la concede ó las partes la estipulan? Parece excusado decir, por lógica consecuencia de la naturaleza de las cosas, que ha de tener acción para reclamarla del que obtuviese sentencia favorable, porque realmente en su beneficio ha resultado el depósito. Laurent sostiene que también la tiene contra la parte vencida en juicio; fundándose en que también es parte en el contrato á título de depositante virtual, y que por tanto se somete á las acciones que nacen del depósito. Estudiada la cuestión desde el punto de vista del secuestro convencional, aun cuando no sin reservas, podría aceptarse su opinión, pero en el secuestro de nuestro Código y concordado con los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil no puede admitirse.

D) Correspóndenos ahora tratar de la responsabilidad del depositario judicial. Con frase precisa sintetiza el Código todas las obligaciones del depositario de bienes secuestrados al decir que tiene respecto de ellas las de un buen padre de familia. La omisión de esta diligencia será la medida de su responsabilidad. Surge aquí una diferencia en la modalidad de la culpa que en ciertos casos se exige al simple depositario, y la que expresamente consigna para el judicial este artículo del Código. La culpa *q. en suis rebus* es el tipo de medida, y aquí se gradúa por la ordinaria del padre de familia en la custodia de la cosa embargada. Si á esto se agrega el derecho á una remuneración que en la generalidad de los casos tiene, parece como si se tendiera con ello á la agravación de la responsabilidad. No creemos

que pueda imponérsele la culpa leve. Cierto que, como dice Simoncelli en su eruditísima monografía sobre «La responsabilidad de los depositarios», el desenvolvimiento histórico de estas formas de la diligencia en el derecho romano (1), parecía señalar la interpretación, no de un grado sino de un modo de culpa menor al de la culpa leve, pero el precepto del Código, al exigir la diligencia del buen padre de familia, no deja lugar á dudas.

Hay tratadistas que distinguen la responsabilidad según se trate de la contraída por el depositario con relación al acreedor embargante ó con relación al deudor embargado. En el primer caso procede la diligencia del buen padre de familia; en el segundo, mantienen para el depositario la obligación de responder de la diligencia que hubiera solido tener en los asuntos propios. Esta distinción entendemos que, dada nuestra ley rituaria, no tiene valor práctico ninguno, porque en el supuesto, base de la misma—ó sea el embargo—, el depositario lo designa el acreedor, y por consiguiente, las exigencias de responsabilidad serán apreciadas por éste, y además, que estando el texto de la ley substantiva clarísimo al determinar cuál sea el tipo de medida, ó sea la diligencia del buen padre de familia, es ociosa la indagación sobre una hipótesis sin base legal.

Chironi, en la última parte de su hermoso tratado sobre la culpa contractual, plantea la cuestión de la responsabilidad que al Estado incumbe por el hecho culpable de sus funcionarios cuando están constituídos en depositarios judiciales ó administrativos. Sostiene el esclarecido jurisconsulto italiano, con razón, que en tales casos no actúa el Estado como poder soberano, ni en función política, sino que obra en su concepto de persona jurídica, capaz de lastimar derechos ajenos por el hecho culpable de sus representantes. Ahora bien; partiendo de este supuesto, no cabe dudar de la aplicación de los principios del derecho común, ni por tanto, dejar de afirmar esa responsabilidad, cosa que desde el punto de vista de nuestro derecho posi-

(1) Véase Hasse, *Apud.* Chironi, *Colpa.*

tivo, no ofrece duda ninguna, porque es axiomática la obligación de indemnizar el daño causado en casos tales.

La sentencia del Tribunal de lo Contencioso administrativo, citada al comentar las obligaciones del depositario con motivo del art. 1766, y por la cual se obligó á la Administración á entregar una nueva lámina, toda vez que los antiguos títulos de la Deuda no habían salido de su poder, corrobora la afirmación de su responsabilidad en el sentido que dejamos indicado (Sentencia de 3 de Marzo de 1903).

II. *Precedentes.*—Los de carácter romano hállanse contenidos en el tít. 3.º del libro 16 del Digesto, en las leyes citadas en el comentario á los artículos anteriores, ley 1.ª, párrafo 8.º y 29. En cuanto á los del derecho patrio, ya en el texto hemos citado las leyes que integran el tít. 26 del libro 11 de la Novísima Recopilación, donde aquéllos se contienen. El Proyecto de 1851 no contiene más que la referencia á las disposiciones del Código de procedimientos civiles.

III. *Concordancias.*—El art. 1962 del Código Napoleón declara que el nombramiento de depositario judicial produce, entre éste y el embargante, obligaciones recíprocas, y enumerando cuáles sean las del primero, además de las que le corresponden, propias de todo depositario, como son la custodia y conservación de la cosa, atendiéndola con la diligencia del buen padre de familia, se le confiere la representación del depósito, ya sea en descargo del embargante para la venta, ó de la parte contra la cual se han realizado las ejecuciones, si se levanta el embargo. La obligación del embargante consiste en pagar al guarda los honorarios ó salario fijado por la ley. Concuerda á la letra con este artículo, sin más variante que la de establecer que cuando la ley no fija honorarios para el depositario, los fijará la autoridad judicial, el 1876 del Código italiano, que contiene además, como el nuestro, la referencia al Código de procedimientos civiles (art. 1875). El de Holanda reproduce también la doctrina francesa en el 1776, é igual inspiración sigue los cantonales suizos de Vaud, 1446; Valais, 1717; Neuchatel, 1583; Fri-

burgo, 1899. Nada dice el Código federal de las obligaciones, y en el derecho portugués, es materia toda ésta regulada por la ley procesal civil, con gran variedad, según los casos. Los Códigos alemán y austriaco aceptan la fórmula tradicional de la diligencia del buen padre de familia para establecer las obligaciones del depositario judicial. Los Códigos de Bolivia y Luisiana, 2949 éste y en el 1969 aquél, concuerda á la letra con el texto francés. Más completo que ninguno de los hasta aquí citados, y con más precisión el chileno, declaran que los depositantes contraen para con el secuestre las mismas obligaciones que aquéllos tienen para con el depositario en el depósito propiamente dicho, por lo que toca á los gastos y daños que le haya causado el secuestre. Perdiendo la tenencia, podrá reclamarla contra toda persona, incluso contra cualquiera de los depositantes que la hubiese tomado sin el consentimiento del juez. Si se trata de secuestro de bienes inmuebles, las funciones del depositario son las de un verdadero mandatario, y se halla obligado á rendir cuentas á quien por virtud de la sentencia se adjudique la propiedad de la cosa. Para su restitución, tratándose del secuestro judicial, se observarán los trámites consignados en el Código de procedimientos civiles (arts. 2253 á 2255 y 2257). En el fondo coinciden en esta articulación de las obligaciones del secuestrario judicial el de Méjico (arts. 2703 á 2706), Uruguay (artículos 2245 á 2248) y Guatemala (arts. 1980-1981). El de Venezuela adopta como fórmula expresiva de las obligaciones del depositario la diligencia del buen padre de familia (art. 1761); le confiere derechos para reivindicar la tenencia del depósito, y para efectuar los gastos necesarios á la conservación, recolección, beneficio y realización de frutos, mas exige la autorización del Tribunal para que pueda comprometer éstos. En cuanto á los derechos arancelarios, puede el depositario cobrarlos de los frutos mismos, ó del producto del remate de las cosas depositadas, y en todo caso de aquel á cuya solicitud se acordó el embargo, á reserva de cobrarlos éste de quien haya lugar.

APÉNDICE

Sobre depósitos especiales.

(LEGISLACIÓN)

Al hacer la clasificación del depósito, comentando los artículos 1759 y 1760, aludimos á los depósitos especiales, llamados así, no porque sustancialmente diverjan en cuanto á su naturaleza jurídica, que es la misma, sino porque su constitución se realiza en establecimientos públicos, regidos por disposiciones especiales. Transcribir lo más importante de esta legislación especial es el objeto de este *Apéndice*, para evitar la consulta de las leyes, reuniéndolas aquí y completando así toda la doctrina legal vigente en materia de depósito.

A) Caja general de Depósitos.—El reglamento vigente está contenido en el Real decreto de 24 de Agosto de 1893. Las disposiciones más importantes respecto á la constitución de depósitos, intereses, devolución y efectos, son las siguientes:

Art. 3.° Son depósitos necesarios los que se hacen por decisión de la Administración, disposiciones de los Tribunales, ó sin mediar éstas para afianzar contratos que se refieran á servicios generales, provinciales y municipales, ó para asegurar el ejercicio de cargos ó funciones públicas, ó para cumplir obligaciones legales de interés público ó privado.

Son depósitos voluntarios los que se imponen libremente por los particulares, Corporaciones ó establecimientos para retirarlos á su voluntad.

Son depósitos provisionales los que tienen por objeto garantizar las proposiciones que se presentan para tomar parte en las subastas ó concurso de servicios ú obras públicas.

....

Art. 5.° Cuando el Ministro de Hacienda lo disponga, con arreglo al artículo 5.° del mismo Real decreto (1), las Tesorerías admitirán con-

---

(1) Real decreto de 23 de Agosto de 1893.

signaciones voluntarias en metálico de particulares, Ayuntamientos Diputaciones provinciales, Cuerpos del Ejército y toda clase de Corporaciones y establecimientos.

Estas imposiciones podrán hacerse por los plazos siguientes:

A devolver el día que lo solicite el interesado.

Idem dentro de los quince días siguientes al del aviso.

Idem á plazo fijo de uno á seis meses.

Idem á plazo fijo de más de seis meses.

Las cartas de pago ó resguardos de estas consignaciones tendrán la consideración de documentos representativos de Deuda flotante del Tesoro para todos los efectos legales, y serán transferibles ó intransferibles á voluntad de los interesados.

Art. 6.° Los depósitos necesarios en metálico, cualquiera que sea su objeto, devengarán el interés de 4 por 100 anual que les asignó el Real decreto de 11 de Julio de 1888.

Los constituídos con anterioridad á esta fecha percibirán hasta el día anterior á la misma el interés que les corresponda, con arreglo á las disposiciones que rigieran hasta dicho día.

Los depósitos, también en metálico, procedentes de decisiones administrativas ó judiciales de que trata el art. 3.° del Real decreto de esta fecha, devengarán desde el día de su ingreso en Tesorería el interés que por ellos abonen los Bancos, Sociedades ó particulares en cuyo poder se encuentren, siempre que no exceda del 4 por 100.

Las consignaciones voluntarias devengarán desde el día de su constitución el interés siguiente:

0,50 por 100 anual las consignaciones que se hagan á devolver el día en que se solicite.

2 por 100 anual las que lo sean á devolver dentro de los quince días siguientes al del aviso.

3 por 100 anual las que se constituyan á plazo fijo de uno á seis meses.

Y 4 por 100 anual las de plazo fijo de más de seis meses.

Los depósitos provisionales en metálico para subastas no devengarán interés, atendido lo transitorio de su imposición.

Estos tipos regirán mientras el Gobierno, oyendo al Consejo de Administración de la Caja, no considere conveniente alterarlos, en cuyo caso se anunciarán los nuevos tipos con la oportuna anticipación y designación de plazo, á fin de que los dueños de las consignaciones voluntarias que no acepten la alteración puedan retirarlas.

Art. 7.° Los intereses de los depósitos necesarios en metálico se pagarán como se halla establecido, por semestres vencidos en 1.° de Enero y 1.° de Julio de cada año, y los de las consignaciones voluntarias por trimestres vencidos en 1.° de Enero, 1.° de Abril, 1.° de Julio y 1.° de Octubre de cada año, aunque los ingresos hubiesen tenido lugar en cualquiera de los meses intermedios, abonándose á la fecha de la devolución del capital los intereses que no se hayan percibido, cualquiera que sea el tiempo á que correspondan.

Art. 8.° Será de cargo de la Caja general cobrar en los plazos correspondientes los intereses y los dividendos de los efectos de la Deuda pública y del Tesoro que se hubieren depositado en ella administrativa, judicial ó voluntariamente, y el metálico que la Caja perciba por este concepto lo conservará en depósito á disposición de los respectivos Tribunales, Autoridades ó particulares, como una parte integrante de los depósitos de que proceda.

Art. 9.° No será admitida con carácter de consignación voluntaria, cantidad menor de 250 pesetas, ni las que no sean múltiplos de 25.

El Ministro de Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Administración de la Caja de Depósitos, podrá alterar este mínimun y fijar el máximun de las consignaciones voluntarias de todas clases.

Tampoco se admitirá en éstas, ni en los depósitos, otra moneda que la corriente de oro ó plata y billetes del Banco de España.

Art. 10. El Estado garantiza con todas sus rentas y haberes la devolución íntegra de los fondos y efectos que por todos conceptos y con las debidas formalidades ingresen en la Caja de Depósitos y sus dependencias, asegurándolos aun de casos fortuítos, robos, incendios y demás accidentes de fuerza mayor.

....

De la admisión de depósitos y consignaciones.

Art. 18. La constitución de los depósitos se verificará presentando el imponente sus valores en la Caja con facturas duplicadas y firmadas que expresen:

La clase del depósito.

El nombre del dueño de los valores y el del interesado ó afianzado.

Si el depósito fuese necesario, la Autoridad ó Tribunal á cuya disposición haya de quedar, y el compromiso ó responsabilidad á que se sujete, sin cuya liberación no será devuelto.

La clase de valores en que consista y su importe, y si consistiese en efectos públicos, el pormenor de numeración por series y su importe, expresando además los cupones unidos en el caso de corresponder á efectos que los tengan.

....

De la devolución de depósitos y consignaciones.

Art. 26. La devolución de los depósitos de todas clases y de las consignaciones voluntarias se verificará por medio de mandamientos de pago que autorizarán con su firma, en la central, el Director general del Tesoro, y en las provincias, los Delegados de Hacienda, con la toma de razón de los respectivos Interventores.

En estos documentos se hará constar á quién han de entregarse los valores, y cuando se devuelvan por medio de apoderado se exigirá á éstos el correspondiente poder.

Art. 27. Para la entrega de los depósitos necesarios en metálico se exigirá orden expresa de devolución de la Autoridad á cuya disposición estén constituídos, y si fuese judicial, testimonio del auto en que se acordare, con oficio del Juzgado.

Estas devoluciones se verificarán á los diez días de haberse recibido en la Dirección general del Tesoro la orden expresada.

....

Art. 32. A la devolución de los depósitos, así necesarios como voluntarios y provisionales en efectos, precederá el pedido de los interesados en los impresos que al efecto facilitarán las dependencias de la Caja, á cuyo pedido se unirá la carta de pago.

Art. 33. Los depósitos provisionales para subastas que hubiesen sido constituídos en metálico, serán devueltos tan luego como se presente la carta de pago.

Art. 34. Las consignaciones voluntarias al contado de carácter transferible serán devueltas, mediante la presentación de la carta de pago, al imponente ó á la persona que le represente legítimamente ó á su cesionario, si se hubiese transferido la carta de pago y se hallasen arreglados y corrientes los endosos.

Art. 35. Las consignaciones también voluntarias y al contado, de carácter intransferible, serán devueltas bajo las mismas condiciones que las transferibles; pero los valores que las representen sólo se entregarán á las personas que las hubiesen constituído ó á sus apoderados, previa presentación de poder en forma, ó á quienes legítimamente los representen.

....

Art. 41. Si en algún caso no pudiera presentarse el resguardo de imposición porque hubiere sufrido extravío, se anunciará la pérdida en la *Gaceta de Madrid* y *Boletín oficial* de la provincia respectiva, y transcurridos dos meses sin reclamación de tercero, si fuese voluntario el depósito, se devolverá al interesado, uniendo al mandamiento de pago certificación expresiva de aquellos extremos, con lo cual quedará la Caja general libre de ulterior responsabilidad; y si fuere necesario se expedirá nuevo resguardo, consignando que la expedición es por duplicado. En uno y otro caso se cancelará previamente el resguardo perdido en su correspondiente talón.

Art. 42. Cuando por Autoridad competente se dicte una ó más órdenes de retención, respecto de algún depósito ó consignación voluntaria, las dependencias de la Caja tomarán razón de ellas, anotándolas en las correspondientes facturas de imposición, y las irán atendiendo por orden de antigüedad.

Si conocido este orden alguna de las Autoridades que hubiesen acordado el embargo, alegase derecho de preferencia, las dependencias de la Caja cumplirán lo que se las ordene por auto judicial, bajo la responsabilidad del ordenante, y dando conocimiento de ello á las demás Autoridades que hayan intervenido en el asunto.

Caso de recibirse á la vez dos ó más comunicaciones alegando igual preferencia, se suspenderá la entrega hasta el acuerdo de los disidentes, y si se promoviese concurso, hasta que el Juez que lo presida determine lo que haya de hacerse.

De todos modos, se considerará que la principal obligación de los depósitos necesarios es aquella para cuya seguridad hubiesen sido impuestos.

Art. 43. La propiedad de los depósitos necesarios y voluntarios, comprendiéndose entre los últimos las consignaciones antes citadas, puede transferirse en virtud de endoso extendido con sujeción á las disposiciones del Código de Comercio, sin perjuicio respecto de las imposiciones necesarias, de la responsabilidad á que estén primitivamente afectas, y en cuanto á las voluntarias, siempre que no hayan sido impuestas con el carácter de intransferibles, debiendo hacerse el pago sin ulterior responsabilidad, al portador del resguardo, con sólo el requisito de identificar su personalidad, según lo dispuesto en el art. 492 del Código de Comercio, que se considera aplicable.

Art. 44. Las retenciones judiciales ó administrativas no perjudican á los cesionarios cuando no se hayan mandado hacer á éstos ni cuando el mandamiento sea contra el cedente, si éste hubiese transferido ya su depósito con anterioridad á la retención y si se hubiese tomado razón de la transferencia en el libro que al efecto llevarán las dependencias de la Caja.

Con objeto de que los cesionarios conozcan con toda evidencia la situación de los depósitos que adquieren, la Dirección del Tesoro y los Delegados acordarán, cuando se solicite, que por la Intervención de la Caja se consigne en los resguardos una nota expresiva de si el depósito á que se refiere tiene ó no retención judicial ó administrativa hasta el momento que se presente, quedando en otro caso á salvo el derecho que pueda asistir al acreedor que se considere perjudicado por haberse hecho la cesión en fraude suyo, lo cual no es de la competencia de la Dirección sino del Tribunal de Justicia á quien corresponda conocer.

Art. 45. Los depósitos necesarios podrán endosarse por los individuos que aparezcan como dueños ó por aquellos á cuyo favor se expidan los mandamientos de devolución en tal concepto, pero no por los que deban retirarlos con carácter oficial, toda vez que en este caso no pueden delegar las atribuciones que les han sido conferidas. Exceptúanse los Escribanos y demás funcionarios residentes en provincias á quienes se les autorice para recibir depósitos que habiendo sido constituídos en Sucursales deben hacerse efectivos en la central, siempre que en los autos y en los oficios que á este fin se expidan se les conceda aquella facultad.

En los endosos que no estén autorizados por el que aparezca dueño del depósito, expresará el que los suscribe el concepto en que lo hace. Cuando manifieste endosar como heredero deberá acreditar esta cualidad y el haber satisfecho el impuesto de traslación de dominio.

Art. 46. Los endosos podrán anularse tachándolos sin que se imposibilite la lectura de lo escrito, siempre que no se haya verificado algún pago en virtud de ellos.

....

De la liquidación y pago de los intereses de los depósitos y consignaciones.

Art. 49. Los intereses de los depósitos necesarios y consignaciones voluntarias en metálico se abonarán por las dependencias de la Caja en los plazos marcados en el art. 6.°, mediante el oportuno mandamiento de pago que expedirán las Intervenciones con los requisitos reglamentarios, previa la presentación de las cartas de pago ó resguardos, en los documentos impresos que faciliten las expresadas dependencias.

Estos pagos se aplicarán, cualquiera que sea el tiempo á que correspondan, al capítulo respectivo del presupuesto corriente, reclamando su importe al Banco de España por los medios establecidos para el pago de las demás obligaciones del Estado en el reglamento de la ley de Tesorerías, con objeto de que no sufran reducción alguna las cifras procedentes de depósitos y consignaciones que deben figurar en la cuenta corriente de que trata el art. 15.

Art. 50. Siempre que se devuelva un depósito necesario en totalidad se practicará la liquidación de intereses que le corresponda y se abonará á la vez que el capital, pero con mandamiento de pago separado que se expedirá en la forma prevenida en el artículo anterior.

Lo propio se hará con las consignaciones voluntarias de todas clases.

Art. 51. Cuando haya de devolverse una parte del capital constituído en depósito necesario, se liquidarán y abonarán los intereses que correspondan á la cantidad que se devuelva, si así se ordenase por la Autoridad competente, en virtud de mandamiento de pago expedido en la forma que disponen los artículos anteriores. Cuando no sea necesario entregar estos intereses se constituirán en depósito, conforme se previene en el art. 29. Los mandamientos de pago que se satisfagan por los conceptos expresados en los artículos que preceden, se unirán á las cuentas de ingresos y pagos de las Tesorerías.

Art. 52. No se hará abono alguno de intereses por el tiempo que transcurra desde el día en que venza el pago de la consignación ó la orden de devolución de los depósitos necesarios, según el art. 27, hasta el en que los interesados se presenten á verificar el cobro.

Art. 53. Para la liquidación de intereses se excluirá el día en que se hiciere la devolución del depósito ó consignación.

Art. 54. La liquidación de intereses de los depósitos y consignaciones en metálico se hará por días, contando el año por trescientos sesenta y cinco días para los reintegrables al contado, y mediante aviso, y por meses, cuando sean constituídos á plazo fijo.

Art. 55. No se hará abono de intereses en ninguna clase de depósitos por las fracciones que no lleguen á 25 pesetas.

Art. 56. Las intereses ó dividendos en efectos públicos depositados en la Caja se satisfarán, previa presentación también de las cartas de pago y en los documentos impresos que facilitarán dichas dependencias, tan luego como la misma los haga efectivos de las Cajas respectivas.

Art. 57. Todo abono de intereses se hará constar por las intervenciones en la carta de pago del depósito y en la factura de imposición, y los procedentes de efectos públicos se cancelarán además en el inventario que por vencimientos debe hacerse para el corte de los cupones y cobro de aquéllos en las Cajas respectivas.

Art. 58. Llegado su vencimiento, y no existiendo reclamación que lo impida, los intereses de los depósitos necesarios se conceptuarán de libre disposición del imponente, de su cesionario ó del que por los medios legales represente á uno ú otro, y se satisfarán, cumplidas que sean las demás disposiciones reglamentarias, á los presentadores de las cartas de pago.

Se exceptúan los intereses de los depósitos procedentes de inscripciones nominativas de la Deuda pública, que no serán pagados hasta que el imponente acredite con poder bastante la representación de las Corporaciones ó particulares á quienes corresponda y los intereses de los depósitos judiciales, que sólo se pagarán á las personas que designen los Juzgados.

....

De los derechos de custodia.

Art. 63. Los depósitos en efectos cuyo importe nominal exceda de 10.000 pesetas pagarán por este concepto en la proporción siguiente:

Los de Deuda del 2 por 100	1	Por cada 10.000
Idem íd. del 3 por 100	1,50	
Idem íd. del 4 por 100	2	
Idem íd. del 5 y 6 por 100	2,50	

Los depósitos hasta 10.000 pesetas pagarán un derecho fijo de una peseta por año, á contar desde la fecha de la imposición, considerándose la fracción de trimestre por trimestre completo después del primer año.

....

Art. 66. Los derechos de custodia por los depósitos en efectos públicos con interés se cobrarán según corresponda, al hacer la devolución del depósito, al pagar los intereses, ó al hacer entrega de los cupones en rama del último trimestre del año.

Art. 67. Los depósitos provisionales para subasta pagarán dos pesetas cuando su importe no exceda de 1.000. Si excediera de esta suma, satisfarán 50 céntimos de peseta por cada 250 pesetas ó fracción de esta suma.

Los que se constituyan en efectos públicos pagarán iguales derechos

que los en metálico, regulándose su valor efectivo para este fin, por el precio medio de la cotización oficial del mes anterior al en que tenga lugar la imposición.

Los depósitos que no lleguen á 25 pesetas quedan exceptuados del pago de estos derechos.

Las Intervenciones consignarán en los documentos de pago las liquidaciones de los derechos de custodia, tanto de metálico como de efectos.

B) Banco de España.—He aquí las disposiciones que regulan, según su Reglamento aprobado por Real decreto de 5 de Enero de 1901, la constitución de depósitos y sus diversas clases en nuestro primer Establecimiento de crédito.

De los depósitos.

Art. 39. El Banco admitirá en sus Cajas depósitos de efectivo, de valores mobiliarios y de alhajas.

Según las condiciones de su constitución, se dividirán en voluntarios y necesarios, judiciales y de fianza, y podrán hacerse á nombre de una ó varias personas, juntas ó indistintamente.

Art. 40. Los depósitos voluntarios se constituirán en concepto de transmisibles ó de intransmisibles, á voluntad de los interesados ó de terceras personas; siendo transferible su propiedad por todos los medios que reconoce el derecho común. Para los efectos legales, el Banco reconocerá como dueño de los valores depositados á la persona ó personas á cuyo favor esté expedido el resguardo, ó al endosatario de los depósitos transmisibles, si se hubiera tomado razón del endoso en el Establecimiento.

Art. 41. Al verificarse el recibo de los depósitos se expedirán resguardos provisionales, que se canjearán al día siguiente por los definitivos. Estos serán firmados por el Cajero correspondiente, el Interventor y el Gobernador ó Subgobernador que le sustituya, ó el Jefe respectivo en las Sucursales y demás dependencias habilitadas para recibir depósitos.

Art. 42. Los depósitos, así transmisibles como intransmisibles, podrán ser retirados por medio de apoderado, y en tal caso, con el resguardo original, se presentará el poder bastante en que se autorice á la persona que haya de recibirlos.

Art. 43. Los resguardos de los depósitos necesarios, de fianzas y judiciales, se conceptuarán anulados cuando así lo acuerde la Autoridad, Tribunal, Corporación ó persona á cuya disposición estén aquellos constituídos, siendo, por tanto, cancelados y devueltos los depósitos á la persona autorizada para recibirlos, sin necesidad de que se presente el resguardo, cuando así también lo acuerde quien haya decretado la anulación.

Art. 44. El Consejo de gobierno del Banco podrá autorizar y, en su caso, determinará las condiciones con que hayan de ser trasladados los depósitos de unas á otras Cajas del Banco, cuando los interesados lo soliciten.

Art. 45. La devolución de los depósitos bajo resguardos transmisibles se verificará á la presentación de estos documentos en las Cajas respectivas, después de comprobar su legitimidad, así como la regularidad de los endosos, si los tuvieren, y mediante el *Recibí* suscrito por la persona que tenga derecho á retirarlos.

Todo aquel que retire un depósito estará obligado á acreditar la identidad de su persona por los medios que el Banco estime necesarios para ello.

Art. 46. Los depósitos bajo resguardos intransmisibles serán devueltos mediante el *Recibí* suscrito por las personas á cuyo nombre se hayan constituído ó por sus legítimos causahabientes, después de presentados aquellos documentos originales en las Cajas respectivas, y de que se haya comprobado su legitimidad. El Banco podrá exigir la identidad de la persona en iguales términos que los establecidos en el artículo 45 para los depósitos transmisibles.

Depósitos de efectivo.

Art. 47. Los depósitos de efectivo se constituirán por la persona que haya de disponer de ellos ó por un tercero, y consistirán en monedas de oro ó plata, ó en billetes del Banco de España. Los que sean voluntarios no podrán ser menores de doscientas pesetas.

Art. 48. El Banco de España no cobrará derecho alguno de custodia por los depósitos de efectivo que se constituyan en sus Cajas.

Depósitos de valores mobiliarios.

Art. 49. El Banco podrá admitir en depósitos títulos definitivos ó provisionales de la Deuda del Estado y del Tesoro, de la Deuda pública de países extranjeros, Acciones ú Obligaciones de Sociedades, Compañías ó Corporaciones públicas ó privadas, nacionales ó extranjeras, y valores mobiliarios de cualquier clase.

Los efectos de la Deuda del Estado y del Tesoro público que se entregen en depósito serán presentados á las oficinas que los hayan emitido, para comprobar su legitimidad por los medios que las mismas tengan establecidos; igual precaución se tomará respecto de los demás efectos en papel, si las oficinas que los han emitido residen en la plaza y tienen medios de llenar este requisito, el cual se consignará en una de las facturas de presentación.

Cuando no pueda comprobarse la legitimidad de los valores, se expresará esta circunstancia en los resguardos que se expidan, no respondiendo en tal caso el Banco ni sus Sucursales de la autentidad de los títulos. Los dueños de éstos podrán poner en cada uno de ellos la señal

que estimen conveniente, para que al devolvérselos puedan comprobar si son los mismos que constituyeron en depósito.

Art. 50. El Banco responde de la devolución de los mismos títulos que se le confíen en depósito, ó sus equivalentes ó sustitutos, en los casos de conversión ó canje.

En los resguardos de depósitos se consignará el importe nominal de los efectos y su serie y numeración.

Art. 51. El Banco se encargará de cobrar los intereses ó dividendos de los efectos depositados que se paguen en la misma plaza en que esté constituído el depósito, y que venzan con posterioridad á la constitución del mismo. Respecto de los demás, el Consejo de gobierno adoptará las disposiciones que estime convenientes.

Art. 52. Los depósitos de valores podrán devengar los derechos de custodia que designe el Consejo de gobierno, anunciándose al público previamente las tarifas que se acuerden, así como las alteraciones que en ellas se introduzcan.

Los depósitos de efectos que constituya el Tesoro en el Banco no devengarán derechos de custodia si son retirados por el mismo Tesoro.

Depósitos de alhajas.

Art. 53. Se admitirán en depósito como alhajas los metales preciosos en barras, las monedas extranjeras sin curso legal en la Nación, las joyas de oro, plata ó pedrería, ú otros objetos de especial estimación.

Estos depósitos se admitirán en la Caja central, y en las Sucursales cuando lo permitan las condiciones del local.

Art. 54. Los depósitos de alhajas se presentarán en cajas ó envases cerrados, precintados y sellados, teniendo el Banco el derecho de examinar su contenido antes de admitirlos.

Las facturas de presentación expresarán en globo la índole de los objetos y el valor que se les asigne.

Art. 55. El Banco y sus Sucursales sólo quedan obligados á devolver íntegros los depósitos de monedas, barras y alhajas, sin responsabilidad alguna respecto al valor que se les hubiere dado, limitándose éste á la devolución de los bultos con el precinto intacto.

Art. 56. Los depósitos de alhajas devengarán los derechos de custodia que acuerde el Consejo de gobierno, anunciándolo al público previamente.

Art. 57. El Banco de España alquilará las Cajas especiales que tiene destinadas al efecto, bajo las condiciones que señale el Consejo de gobierno, figurando entre ellas las siguientes:

1.ª El Banco podrá reconocer, si lo estima conveniente, la clase de objetos que se guarden en las Cajas.

2.ª Si el interesado no renueva en tiempo oportuno su abono ni devuelve las llaves de la Caja al Banco, se le exigirá el pago del alquiler por igual tiempo al del abono vencido.

Además se procederá á la apertura de la Caja, levantando acta no-

tarial en que se exprese su contenido, y éste se conservará cerrado, lacrado y sellado, y aplicándosele las disposiciones legales relativas á la prescripción del dominio y de acciones. Los gastos que se ocasionen por el acta notarial ó por cualquier otro concepto serán de cuenta del interesado.

3.ª El extravío de las llaves dará lugar á que se repongan á costa del abonado.

4.ª El Banco sólo responde de la seguridad de la Caja y de que permanecerá cerrada en la forma que el abonado la haya dejado.

C) Banco Hipotecario.—Creado por la ley de 2 de Diciembre de 1872, declarado único en su clase por la de 17 de Julio de 1876, y aprobado el Reglamento vigente por Real decreto de 19 de Junio de 1884, he aquí los artículos que se refieren á los

Depósitos.

Art. 24. El Banco admitirá en sus Cajas depósitos de efectivo, de valores mobiliarios y de alhajas.

Art. 25. Los depósitos se constituirán, á voluntad de los interesados, bajo resguardos transmisibles ó intransmisibles que se anotarán en los libros con la correspondiente distinción.

Los resguardos en el primer caso serán transmisibles por endoso, pudiendo la persona á cuyo favor se verifique aquél hacerlo constar en el Banco.

Art. 26. Para constituir los depósitos, se entregarán en la Caja el metálico ó efectos con factura firmada por el que verifique la entrega, expidiéndose en el acto el correspondiente resguardo provisional, que será canjeado por el definitivo firmado por el Cajero, el Interventor y el Gobernador ó Subgobernador que le sustituya ó en quien haya delegado esta atribución.

Art. 27. Deberá expedirse un resguardo por cada clase de títulos ó valores. Estos resguardos se cortarán de los libros talonarios, haciendo constar en ellos el nombre y el apellido, la razón social y las señas de la habitación de las personas á cuyo favor se constituya el depósito, así como la fecha de éste, su especie y naturaleza y las series y números de los títulos depositados.

Llevarán además un número de orden y el sello del Banco, y serán de distinto color, según que sean transmisibles ó intransmisibles, lo cual constará claramente en los mismos.

Art. 28. La devolución de los depósitos bajo resguardos transmisibles se verificará á la presentación de estos documentos en la Caja, después de comprobada su legitimidad, así como la regularidad de los endosos si los tuviera, y poniendo el tenedor al respaldo del mismo res-

guardo el «recibí» con su firma y exigiéndose en su caso conocimiento de la misma.

Art. 29. Los depósitos bajo resguardo intransmisible sólo serán devueltos á la persona á cuyo nombre se hayan constituído, después de presentado dicho resguardo en la Caja y comprobada su legitimidad y la identidad de la firma.

Art. 30. Los depósitos, así transmisibles como intransmisibles, podrán ser retirados por medio de apoderado, y entonces, con el resguardo original, se presentará el poder en que se autorice para la retirada á la persona que ha de poner el «recibí», en que hará constar su identidad si no es conocida en el Banco.

En caso de muerte del interesado, se devolverán unos y otros depósitos á sus herederos legítimos ó causahabientes, previa presentación de los documentos que acrediten el concepto en que hacen la reclamación y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes y disposiciones de Hacienda. Estos documentos pasarán, para su estudio, á la sección de Letrados del establecimiento.

El Banco podrá suspender la entrega y exigir mandamiento judicial cuando se le ofrecieren dudas acerca de la legitimidad de la reclamación.

Art. 31. No se admitirá depósito en efectivo menor de 500 pesetas.

Art. 32. Los efectos de la Deuda del Estado y del Tesoro público que se entreguen en depósito serán presentados al día siguiente á las oficinas públicas para comprobar si son corrientes las series y numeración de los títulos en la forma que las mismas tengan establecido. Por consiguiente, al verificarse el recibo de ellos, se librarán ó expedirán á los interesados resguardos provisionales que á los dos días se canjearán por los definitivos.

Art. 33. El depositante hará constar en las facturas de depósito si quiere cobrar por sí mismo los cupones, retirándolos en cada vencimiento. En caso contrario, se presentarán al cobro por el Banco.

Art. 34. El Banco entregará á los dueños de los depósitos constituídos en sus Cajas las cantidades que previamente haya hecho efectivas por intereses de los efectos á que aquéllos se refieran, ó los cupones en rama de los mismos, siempre que no estén sujetos á embargo ó retención; y para ello bastará la presentación de los resguardos en el Establecimiento.

Art. 35. Los depositantes podrán pedir que se les abone á sus respectivos vencimientos el importe de los cupones de los títulos que tuvieren depositados, bien en su cuenta corriente ó en la de otra persona que la tenga abierta en este Banco, hasta nuevo aviso en contrario.

En este caso, presentarán sus resguardos para estampar en ellos un cajetín en que conste esta circunstancia.

Art. 36. El Banco se encarga, cuando lo pidan los depositantes, previa provisión de los fondos suficientes, de pagar los dividendos pasivos de las acciones y obligaciones ó títulos de Deuda depositados así como del canje de títulos.

El Banco se encarga de realizar á sus vencimientos los títulos depositados á que haya correspondido la amortización, *pero sin ninguna responsabilidad por su parte*, debiendo estar el interesado al cuidado de los sorteos. Al devolver el depósito, se entregará con los demás títulos un libramiento en equivalencia de los amortizados para hacerlo efectivo en Caja.

Art. 37. Se admitirán en depósito como alhajas los metales preciosos en barras, las monedas extranjeras sin curso legal en la Nación, las joyas de oro, plata ó pedrería y otros objetos de especial estimación.

Art. 38. Los depósitos de alhajas estarán contenidos en cajas cerradas con llaves, precintadas y selladas, teniendo el Banco derecho de examinar su contenido antes de admitirlos.

Las facturas de presentación expresarán en globo la índole de los objetos y el valor que les asigne el interesado. Las cajas no podrán tener mayor magnitud que la de 1 metro de largo, 50 centímetros de ancho y 40 centímetros de alto.

Art. 39. El Banco sólo queda obligado á devolver íntegros los depósitos de monedas, barras, alhajas y otros objetos, sin responsabilidad alguna respecto al valor que se les hubiera asignado, limitándose ésta á la devolución de las cajas con el precinto intacto.

Art. 40. No queda responsable el Banco de los casos de incendio, saqueo ú otros de fuerza mayor; pero en cualquiera de los casos anteriores, acudirá al Gobierno ó á quien corresponda para obtener los títulos equivalentes á los inutilizados ó desaparecidos por cualquiera de las causas expresadas.

Art. 41. Para expedir duplicado de resguardos transmisibles de depósitos constituídos en el Banco se hará la publicación del extravío por tres veces en los periódicos oficiales, con el intervalo de diez días al menos de un anuncio á otro, y luego que transcurran dos meses desde el primer anuncio sin reclamación de tercero, se expedirá nuevo resguardo, quedando nulo el anterior y el Banco libre de toda responsabilidad.

Los duplicados de resguardos de depósitos intransmisibles se expedirán desde luego á nombre del depositante que participe su extravío.

Derechos de custodia.

Art. 42. Los depósitos de acciones, cédulas y obligaciones del Banco no pagarán derechos de custodia.

Los depósitos de otros valores satisfarán los respectivos derechos de custodia con arreglo á la siguiente tarifa:

1/4 por 100 del importe efectivo de los intereses por los depósitos en valores.

1/2 por 10.000 al año sobre el capital nominal por los depósitos de papel sin interés.

1/2 por 1.000 al trimestre sobre el valor asignado á los depósitos de alhajas.

Los derechos de custodia de los depósitos de valores se cobrarán por meses completos y el mínimum de percepción será de 50 céntimos de peseta.

Estos derechos se percibirán descontándolos de los primeros intereses que se paguen después del 1.° de Enero de cada año. Al hacer la devolución de los depósitos se cobrarán los que estuvieren devengados y no pagados.

Los interesados que tengan cuenta corriente de efectivo en este Banco no abonarán derechos de custodia por sus depósitos de valores.

Los derechos de custodia por los depósitos de alhajas se cobrarán á su devolución, por períodos indivisibles de tres meses y con un mínimum de percepción de 5 pesetas.

D) Compañías de ferrocarriles.—Como quiera que el artículo 1601 del Código civil declara á los porteadores sujetos á las responsabilidades que para los fondistas y mesoneros determinan los artículos 1783 y 1784, es interesante conocer las disposiciones que á los efectos del depósito de mercancías se consignan en el Reglamento de Policía de ferrocarriles, fecha 8 de Septiembre de 1878. He aquí las más importantes:

Art. 112. Toda entrega que se verifique en el local designado á los encargados de la Empresa para recibir los efectos que deben transportarse se tendrá por bien hecha y legalmente realizada.

No se considerarán como tales encargados los dependientes secundarios, exclusivamente destinados á los trabajos materiales y á las ocupaciones mecánicas de las oficinas y estaciones.

Art. 113. Las Compañías están obligadas á facturar los bultos que se les presenten.

Para que se verifique siempre ordenadamente la Empresa llevará dos libros talonarios foliados, uno en que se anotarán los efectos que deben transportarse con la velocidad de los viajeros; otro donde se tomará razón de los que han de conducirse en los trenes de las mercancías.

En ambos constará el peso y el precio del transporte de los objetos por el mismo orden de las fechas con que aparezcan anotados en el registro, á no ser que el remitente consienta voluntariamente en su postergación.

Al tiempo de la entrega se dará al remitente ó su encargado un talón donde se exprese el número de orden, clase, peso y precio del transporte, y el tiempo en que éste deba efectuarse.

Art. 114. La responsabilidad de las Empresas respecto á las entregas de que hace mérito el artículo anterior, comienza desde el momento en que se ha hecho cargo de ellas en el local destinado á recibirlas, aun-

que el encargado de este servicio no haya tomado la correspondiente razón en los libros de registro.

. . . .

Art. 116. El viajero que lleve en su equipaje joyas, pedrerías, billetes de Banco, dinero, acciones de Sociedades industriales, títulos de la Deuda pública ú otros objetos de valor, deberá hacerlo constar, exhibiéndolos antes de verificarse el registro, manifestando la suma total que estos efectos representen, ya sea según su valor en venta, ya por el precio en que los estime.

La falta de este requisito relevará de responsabilidad á la Empresa en caso de sustracción ó extravío.

. . . .

Art. 121. Cuando la Compañía reciba los efectos bajo cubierta sellada, quedará exenta de toda responsabilidad, entregándolos en la misma forma y con los sellos intactos al remitente ó su consignatario.

. . . .

Art. 123. Tienen derecho las Empresas á desechar los bultos que se presenten mal acondicionados exteriormente, y aquellos otros cuyos embalajes sean insuficientes á preservar las mercancías que contienen.

Si el remitente, sin embargo, insistiese en que se admitan, tendrá la Empresa obligación de conducirlos, pero quedando exenta de toda responsabilidad si hiciese constar su oposición con arreglo á las disposiciones vigentes en el resguardo expedido.

. . . .

Art. 141. La Empresa que ha realizado una conducción sin dar lugar á reclamaciones de ningún género tendrá acción por los gastos del transporte y custodia de las mercancías conservadas en buen estado contra los consignatarios ó sus remitentes.

A falta de pago se procederá en este caso con arreglo á lo prescrito en el Código de Comercio.

Art. 142. Serán de cuenta del consignatario los gastos que ocasione la reparación de los embalajes, siempre que la Empresa acredite haberlo hecho para la buena conservación de las mercancías que de otra manera se habrían perdido ó deteriorado.

. . . .

Art. 145. Las Empresas serán siempre responsables de la sustracción ó deterioro de los efectos que se les hayan entregado, ya provenga el daño de sus mismos empleados ó ya de los extraños que concurran á sus oficinas.

Art. 146. Si la Empresa alquilase todo el espacio de uno de los vagones de sus trenes para el transporte de mercancías, y no interviniere ni directa ni indirectamente en su carga y expedición, no responderá de los extravíos ó deterioros que pudieren ocurrir, quedando libre de toda responsabilidad.

Art. 147. En caso de pérdida ó avería de los efectos transportados, no podrá la Empresa primeramente encargada de su conducción recla-

mar contra las que la sucedan en el transporte, si no prueba que se los entregó en buen estado. Se consideran todas las Compañías de ferrocarriles ligadas entre sí sin solución de continuidad como una sola para todos los efectos de contratación en materia de transportes.

Art. 148. Las Empresas no son responsables de las mermas naturales de las mercancías, cuando no excedan de las proporciones ordinarias ni puedan atribuirse á dolo ó incuria.

Art. 149. En el caso de que las mercancías no lleguen á su destino bien conservadas y en el plazo convenido, tiene derecho el dueño ó el consignatario á exigir la responsabilidad á la Empresa que haya faltado á estas condiciones.

Pueden igualmente reclamarla cuando rotulados los bultos con toda claridad y precisión, sin que pueda dar lugar á dudas, se hiciere su entrega á persona distinta de la que debe recibirlos.

....

Art. 151. Si sólo una parte de las mercancías fuese entregada por la Empresa en el plazo prescrito en este reglamento, la otra dará ocasión al resarcimiento de daños y perjuicios; pero esto alcanzará á las dos cuando el consignatario justifique la imposibilidad de utilizar la una sin la otra.

Se exceptúan los casos fortuitos y de fuerza mayor, los cuales han de ser comprobados en el mismo día y lugar en que ocurran, y no por certificados obtenidos posteriormente y después de comenzadas las actuaciones, á no ser que una perturbación del orden público haya impedido á las Autoridades el libre ejercicio de sus funciones.

Art. 152. Si el dueño de bultos ó paquetes momentáneamente extraviados hubiese sido indemnizado de su pérdida, podrá la Empresa, cuando fueren recobrados, citarle para presenciar su apertura; y hecha su entrega, recobrará la cantidad que satisfizo, abonando los daños y perjuicios por el retraso.

Si del reconocimiento de los efectos resultare un fraude cometido por el dueño en sus declaraciones, la Empresa tendrá á su vez derecho al resarcimiento de daños y perjuicios, debiendo dar conocimiento del hecho á los Tribunales de justicia.

....

Art. 157. El reconocimiento de los bultos se verificará judicialmente cuando el consignatario lo exija.

Los peritos para este acto harán constar en sus declaraciones el estado exterior de los bultos, su peso, marca y número, la naturaleza y cantidad de las mercancías que contengan, sus cualidades, si se han mojado ó sufrido otro deterioro, el tiempo en que á su juicio pudo acaecer esta avería, la causa apreciable que la haya producido, y finalmente el valor del daño ocasionado.

Art. 158. El recibo de los objetos transportados expedidos por el consignatario y la realización del pago del transporte extinguen toda acción contra la Empresa conductora.

Art. 159. Las reclamaciones contra las Empresas por la pérdida ó avería de los objetos que hayan transportado se deducirán en los términos y en los plazos prescritos por el Código de Comercio.

....

Art. 180. Es obligación de las Empresas procurar cuidadosamente la buena conservación de los objetos que por cualquier causa se hayan depositado en sus estaciones.

Cuando exigieren cuidados que en ellas no puedan proporcionarse, se procederá con arreglo á lo prescrito en el Código de Comercio para casos análogos.

Art. 181. Los objetos olvidados por los viajeros en los coches y salas de espera, los que hubieren caído en la vía al paso de los trenes, y todos aquellos cuyos dueños, remitente ó consignatario se ignore, se conservarán en depósito, llevándose de todos ellos un registro especial con expresión del día y lugar en que fueron hallados y sus principales señas.

Si publicado su anuncio por tres veces en el *Boletín oficial* de la provincia, y transcurrido un año nadie se presentase á reclamarlos, se sacarán á pública subasta, y su producto se aplicará á los establecimientos de Beneficencia, después de deducir para la Empresa los gastos de custodia y almacenaje.

FIN DEL TOMO XI

INDICE DEL TOMO UNDÉCIMO

LIBRO CUARTO

De las obligaciones y contratos.

(Continuación.)

Págs.

APÉNDICE

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO XI